Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Eberhard Kühne
Referendar aus Rostock

Rostock
Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei
1929

Referent: Professor Dr. Walsmann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

LEBENSLAUF.

Ich, Eberhard Kühne, wurde am 21. 4. 1906 zu Grevesmühlen in Mecklenburg-Schwerin als Sohn des jetzigen Landgerichtsrats Helmuth Kühne in Rostock i. M. geboren. Ich besuchte in Rostock zunächst eine Vorschule, dann von Ostern 1915 bis Ostern 1924 das Gymnasium, an dem ich am 20. 2. 1924 die Abiturientenprüfung bestand. Darauf studierte ich in München und Rostock Rechtswissenschaft. Am 28. 11. 1927 bestand ich vor der Prüfungsbehörde beim Landgericht zu Rostock die erste juristische Prüfung. Seitdem befinde ich mich im Vorbereitungsdienst für die zweite juristische Prüfung. Am 26. 2. 1929 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.

Herrn Professor Dr. Walsmann in Rostock bin ich für die Anregung und Förderung, die mir von seiner Seite bei der vorliegenden Arbeit zuteil geworden ist, zu besonderem Dank verpflichtet.

Ferner spreche ich der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Rostock für eine mir zu den Druckkosten dieser Arbeit gewährte Beihilfe meinen Dank aus.

EINTEILUNG.

A. **Uebersicht über den Gedankengang** . . . . § 1. 1

B. **Allgemeiner Teil.**

I. Grundbegriffe und allgemeine Lösung des Problems im Sinne grundsätzlicher Bejahung der Uebertragbarkeit der Gestaltungsrechte . . § 2. 3

II. Formelle Uebertragbarkeit . . . . . § 3. 36

III. Uebertragbarkeit unter qualitativer Teilung . . § 4. 40

IV. Ausnahmsweise Unübertragbarkeit . . . . § 5. 48

C. **Spezieller Teil.**

I. Merkmale der Einteilung für die Gestaltungsrechte im allgemeinen . . . . . § 6. 49

1. Rechtsgeschäftliche Gestaltungsrechte . . . § 7. 49

a) Materielle Gestaltungsrechte

α) Die selbständigen Gestaltungsrechte . § 7. 49

aa) Recht aus der Offerte . . . . § 7. 49

bb) Recht aus dem sog. wollensbedingten Geschäft . . . . . § 8. 54

cc) Sonstige selbständige Gestaltungsrechte . . . . . § 9. 65

β) Die sog. unselbständigen Gestaltungsrechte . . . . . § 10. 67

aa) Das Anfechtungsrecht . . . . § 10. 67

bb) Das Rücktrittsrecht und Verwandtes § 11. 98

γ) Die zweifellos unselbständigen Gestaltungsrechte . . . . . § 12. 105

b) Formale Gestaltungsrechte . . . . § 13. 111

α) Ermächtigung zum Handeln im fremden Namen . . . . . § 13. 111

β) Ermächtigung zum Handeln im eigenen Namen . . . . . § 14. 122

2. Realgestaltungsrechte . . . . . § 15. 123

a) Materielle . . . . . § 15. 123

b) Formelle . . . . . § 16. 125

II. Gestaltungsrechte im Familien- und Erbrecht § 17. 127

D. **Zusammenfassung des Ergebnisses** . . . . . § 18. 128

LITERATURVERZEICHNIS.

Affolter, Grünh. Z. 1909, S. 545 ff.

Andreä, Das Recht des Antragsempfängers, Erlanger Diss. 1913.

Bergk, Uebertragbarkeit und Pfändbarkeit künftiger Rechte. Hallenser Diss. 1912.

Beseler, Arch. ziv. Prax. 110, S. 114 ff.

Binder, Prozeß und Recht, Leipzig 1927.

Binder, Iherings J. 77, S. 163 ff.

Brodmann, in Ehrenbergs Handb. des gesamten Handelsrechts. Bd. 4, Teil 2.

Bruck, Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte. Leonhardts Studien 2, 1900.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1900.

Demelius, Iherings J. 72, S. 241 ff.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Halle 1902.

Dernburg, Pandekten. Berlin 1892, 3. Aufl.

Drove, Zur Lehre vom vertragsmäßigen Rücktrittsrecht und dem Aufhebungsvertrag. Erlanger Diss. 1913.

Eccius, Gruch. Beitr. 47, S. 209 ff.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1905. 8./9. Aufl.

Enneccerus, Kipp und Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I,1. Marburg 1923. 18./21. Aufl. I,2, Marburg 1922. 15./17. Aufl. II,1, Marburg 1923. 5. Aufl.

Fontheim, Das Anfechtungsrecht des bürgerlichen Rechts. Berlin 1906.

Fülster, Die rechtliche Natur der Untervollmacht. Gießen 1928.

Gierke, Deutsches Privatrecht. 3. Bd. München und Leipzig 1917.

Haas, Die Untervollmacht. Erlanger Diss. 1925.

Hahn, Der Wiederkauf. Marburger Diss. 1902.

Haußmann, Gruch. Beitr. 58, S. 289.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1903/09.

Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts. I. Teil. Leipzig 1912.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

Henle, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. Berlin 1926.
Hölder, Arch. ziv. Praxis 93, S. 1 ff.
Hupka, Die Vollmacht. Leipzig 1900.
G. Jellinek, Die subjektiven öffentlichen Rechte. Tübingen 1905. 2. Aufl.
W. Jellinek, Verwaltungsrecht. In der Enzyklopädie der Rechts- u. Staatswissensch. von Kohlrausch-Kaskel. Berlin 1928.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1906.
Kreß, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. München 1929.
Langheineken, Der verhaltene Anspruch. In Festgabe für v. Brünneck. S. 27 ff. Halle 1912.
Fr. Leonhard, Arch. für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Bd. 10, S. 140 ff.
R. Leonhard, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.
Levy, Ueber den Vorbehalt der Rückgabe beim Kauf. Erlanger Diss. 1908.
Littmann, Das gesetzliche Rücktrittsrecht vom Vertrage nach dem BGB. Rostocker Diss. 1902.
Löbl, Arch. ziv. Prax. 129, S. 257 ff.
Ludewig, Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht. Marburg 1922.
Mansfeld, L. Z. 1909, S. 177 ff.
Mühlenbruch, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. 3. Aufl. Greifswald 1836.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1899.
Neumanns Jahrbücher des Deutschen Rechts. Berlin.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. Berlin 1927. 3. Aufl.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1928. 5. Aufl. — § 432, von § 432 ab, 3. u. 4. Aufl. (zitiert: Oertmann zu § ...).
Oertmann, Arch. ziv. Prax. 123, S. 129 ff.
Oertmann, Arch. ziv. Praxis 113, S. 51 ff.
Pfeiffer, L. Z. 1912, S. 374 ff.
Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin seit 1913. 4. Aufl.
Raape, Iherings J. 74, S. 179 ff.
Raape, Iherings J. 71, S. 97 ff.
Raape, Iherings J. 72, S. 293 ff.
Raape, Die Wollensbedingung, in Festgabe f. v. Brünneck. Halle 1912.
Reichel, Iherings J. 59, S. 409.
Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen (zitiert RG.).

Remé, Die Gestaltungsrechte im Privatversicherungsrecht. Hamburger Diss. 1927.
Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin u. Leipzig 1928. 6. Aufl.
Richter, Arch. des öffentlichen Rechts. Neue Folge, Bd. 8.
Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin 1927.
Rosenberg, Die Vollmacht im Prozeß. Berlin 1908.
Schulz, Zwischenverfügungen bei Veräußerung und Verpfändung wesentlicher Sachbestandteile, in Bonner Festschr. f. Zitelmann. München u. Leipzig 1923.
Schulz-Schäffer, Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung. Bd. 1. Marburg 1915.
Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, in Festgabe für Richard Koch, S. 205 ff. Berlin 1903.
Semeka, Arch. bürg. R. 35, S. 121 ff.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Siber, Iherings J. 67, S. 81 ff.
Siber, Iherings J. 70, S. 223 ff.
Siber, Die Frage der Verfügungsgeschäfte zu fremdem Recht, in Festgabe f. R. Sohm. München u. Leipzig 1915.
Slawski, Die Wirkung der Rücktrittserklärung auf das bestehende Schuldverhältnis. Erlanger Diss. 1905.
Sohm, Iherings J. 73, S. 268 ff.
Staub, Kommentar zur Wechselordnung. Berlin u. Leipzig 1926. 11. Aufl.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München, Berlin u. Leipzig, seit 1925. 9. Aufl.
Stobbe (= Lehmann), Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Aufl. Berlin 1893—1900.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Leipzig 1910—1918.
Walsmann, Der Verzicht. Leipzig 1912.
Walsmann, Iherings J. 54, S. 197 ff.
Wendt, Arch. ziv. Prax. 92, S. 1 ff.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt 1891. 7. Aufl.
Zitelmann, Internationales Privatrecht. Leipzig 1897—1912.
Zitelmann, Iherings J. 70, S. 1 ff.

§ 1.

Den Begriff „Gestaltungsrecht" gibt es erst seit relativ kurzer Zeit in unserer Rechtsdogmatik. Er hat sich etwa seit 1900 herauszubilden begonnen, wobei den Ausgangspunkt der Entwicklung die „Rechte des Könnens" in Zitelmanns „Internationalem Privatrecht" bildeten. Neu sind allerdings nicht die unter diesen Begriff fallenden Erscheinungen, wohl aber ihre Zusammenfassung zu einer einheitlichen Kategorie und die Erforschung ihrer Eigenart. Obwohl die Kategorie der Gestaltungsrechte heute überwiegend anerkannt wird, hat sich eine abschließende Lehre von den Gestaltungsrechten bisher nicht herausgebildet. Dies gilt insbesondere auch hinsichtlich der Frage ihrer Uebertragbarkeit. Letztere Behauptung wird schon dadurch gerechtfertigt, daß in dem Kommentar von Oertmann[1]), der unter unseren Kommentaren zum 2. Buch des BGB. augenblicklich den zuletzt in Neuauflage erschienenen darstellt, gesagt ist, daß hinsichtlich des Problems der Uebertragbarkeit der Gestaltungsrechte noch eine nähere Prüfung erforderlich sei. Ziel dieser Arbeit ist es, auf diesem Spezialgebiet einen Beitrag zur Lehre von den Gestaltungsrechten zu liefern. Sie zerfällt in einen allgemeinen und einen besonderen Teil. Im allgemeinen Teil ist nach Stellungnahme zu den beiden Grundbegriffen unseres Themas „Gestaltungsrecht" und „Uebertragbarkeit" zu untersuchen: Welches Grundprinzip entspricht unserem Gesetz hinsichtlich der Frage: können Gestaltungsrechte übertragen werden? Im besonderen Teil ist dann zu untersuchen: inwiefern ergeben sich bei den einzelnen Gestaltungsrechten Bestätigungen des Grundprinzips und Ausnahmen von demselben.

1) 1 g α γ zu § 399.

Namentlich wird hier oft die Frage zu prüfen sein: welche Wirkung hätte die Uebertragung des betreffenden Gestaltungsrechts, wenn sie möglich wäre. Aber die Darstellung dieser Wirkungen ist nie Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck, nämlich festzustellen, ob das betreffende Gestaltungsrecht übertragbar ist oder nicht. Denn die Unübertragbarkeit kann sich insbesondere auch aus den Wirkungen der Uebertragung ergeben. Diese Art, die Wirkungen der Uebertragung zu betrachten, ergibt sich daraus, daß unser Thema heißt: Die Uebertragbarkeit, nicht: die Uebertragung. Aus den gleichen Gründen fallen Erwägungen über die Form der Uebertragung usw. nicht in den Rahmen dieser Arbeit. Im besonderen Teil können wir nicht etwa alle einzelnen Gestaltungsrechte betrachten wegen ihrer außerordentlich großen Anzahl. Wir werden sie vielmehr zu einer Anzahl von Gruppen zusammenfassen und für jede nur einzelne Beispiele anführen. Diese Beispiele werden wir hauptsächlich den drei ersten Büchern des BGB. entnehmen, da einmal das BGB. den Kern unseres Privatrechtssystems darstellt, und ferner die drei ersten Bücher gegenüber den beiden letzten das allgemeine Verkehrsrecht darstellen, in dem die Uebertragung von Rechten naturgemäß eine besonders große Rolle spielt. In spezielleren Gebieten finden wir noch eine weitere, fast unübersehbare Masse von Gestaltungsrechten. Es würde zu weit führen, aus all diesen Gebieten auch nur Beispiele anzuführen. Nur auf die beiden letzten Bücher des BGB. soll noch ein kurzer Blick geworfen werden, um das Bild wenigstens für das BGB. noch etwas zu vervollständigen. Unser BGB. kennt die Kategorie Gestaltungsrechte noch nicht, sondern nur einzelne Erscheinungen, die unter diesen wissenschaftlichen Begriff fallen. Diese Erscheinungen sind aber zum Teil unter anderen Kategorien, die das Gesetz kennt, eingeordnet. Damit erwächst der Wissenschaft die Aufgabe, das Verhältnis ihres neuen Begriffs zu den dem Gesetz geläufigen Begriffen herauszuarbeiten. Die vorliegende Arbeit hofft, auf dem Wege zu ihrem eigentlichen Ziel auch für die Lösung dieser allgemeineren Aufgabe einige Beiträge zu bringen.

§ 2.

Was sind Gestaltungsrechte? Hierfür kommen zwei Antworten in Frage. Man kann entweder exemplikativ eine ganze Reihe von Erscheinungen aufzählen, die so bezeichnet werden, oder man kann eine abstrakte Begriffsbestimmung aufstellen dahin, daß jede Erscheinung der Rechtswelt, die deren Merkmale aufweist, ein Gestaltungsrecht ist. Die erste Antwort ist aber doch nicht ausreichend. Sie würde unser Thema dahin umwandeln: Sind die Erscheinungen, die man gewöhnlich Gestaltungsrechte nennt, übertragbar, indem sie sich nicht über die Berechtigung des Begriffs „Gestaltungsrecht" ausspricht. Immerhin würde diese erstere Möglichkeit die Bedeutung haben, daß, auch wenn wir uns bei der Streitfrage über die Existenzberechtigung des Begriffs Gestaltungsrecht der diese verneinenden Meinung anschließen sollten, unser Thema doch nicht gegenstandslos würde, vielmehr dann in diesem abgewandelten Sinne zu behandeln wäre. Ueber das Wesen der Gestaltungsrechte herrscht noch in verschiedener Hinsicht Streit. Der zweite Teil des Wortes besagt und soll besagen, daß es sich bei diesem Begriff um eine Unterkategorie des Begriffs (subjektives) Recht handelt. Dahin, daß sie dies wirklich sind, geht die herrschende Meinung (vgl. Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, S. 207; Enneccerus, Kipp u. Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I 1 § 66 I 3; v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I S. 161; Oertmann, D vor § 194). Demgegenüber besteht eine verbreitete Meinung, die sogenannten Gestaltungsrechte entsprächen nicht den Begriffserfordernissen des subjektiven Rechts (z. B. Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I 1 S. 151; Brodmann in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrecht, Bd. 4, Teil 2, S. 48; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 338; Henle, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, S. 95 u. 263). Für die Entscheidung der Streitfrage ist ausschlaggebend, wie man das subjektive Recht definiert. Hierüber gibt es eine sehr große Zahl mehr oder weniger voneinander abweichender

Meinungen. Auszugehen ist von Folgendem: Auf Grund der abstrakten Sätze der objektiven Rechtsordnung entsteht, so oft sich ihr Tatbestand in einem konkreten Falle verwirklicht, die konkrete Rechtsposition. Eine Unterart des Begriffs „Konkrete Rechtsposition" ist der Begriff „subjektives Recht". Insoweit herrscht ziemliche Einigkeit in der Lehre [2]). Weiter besteht heute Einigkeit, daß es sich um eine einem bestimmten Rechtssubjekt eigentümliche Rechtsposition handeln muß, insofern, als sich nicht jedermann oder nicht grundsätzlich jedermann in inhaltsgleicher Position befinden darf. Daher ist die Geschäftsfähigkeit nach geltendem Recht kein subjektives Recht [3]). Einig ist man sich heute auch darüber, daß der Begriff des subjektiven Rechts enger ist gegenüber dem der konkreten Rechtsposition, insofern als letzterer, aber nicht ersterer, den Begriff „Verpflichtung" hinsichtlich der Rechtsgegnerschaft gegenüber einem Anspruch und die entsprechenden nachteiligen Rechtspositionen gegenüber den sonstigen vorteilhaften Rechtspositionen umfaßt. Letzteres bringen wir zum Ausdruck, indem wir sagen: Recht ist jede bevorzugte konkrete einem Rechtssubjekt eigentümliche Rechtsposition, oder: jede konkrete rechtliche Vorzugssonderstellung. Streit besteht dagegen darüber, ob der Begriff des subjektiven Rechts durch Aufstellung weiterer Merkmale noch mehr zu verengern ist, und wenn ja, welche Merkmale das sind. Um sich zwischen den zahlreichen Meinungen für eine zu entscheiden, ist vor allem zu beachten, daß es verschiedenartige Begriffe des subjektiven Rechts gibt. Zunächst kommt in Frage ein rechtsphilosophi-

---

2) Anderer Ansicht ist insbesondere Henle (a. a. O. S. 7), der ausführt, daß es auch subjektive Rechte im abstrakten Sinne gebe. Aber diese abstrakten subjektiven Rechte sind nichts weiter als: als möglich gedachte subjektive Rechte. Eben weil sie nur als möglich vorgestellt sind, sind in Wahrheit noch keine subjektiven Rechte da. Daher ist daran festzuhalten, daß das Moment des Konkreten zum Wesen des subjektiven Rechts gehört.

3) Es könnte auch anders sein: sie würde (bei Zugrundelegung unseres noch weiter zu findenden Ergebnisses) ein Recht sein, wenn sie z. B. den Einzelnen erst auf Grund besonderer Bewährung verliehen würde.

scher Begriff des subjektiven Rechts. Dieser ist als ein Begriff der reinen Rechtslehre für alle Zeiten und Völker notwendig derselbe. In den weitaus meisten Fällen ist es dieser Begriff, dem die Erforscher des subjektiven Rechts nachspüren. So erklärt es sich auch ganz natürlich, daß fast ausschließlich mit allgemein logischen Erwägungen, dagegen fast gar nicht mit positiven Gesetzesbestimmungen gearbeitet wird. Unterstellen wir, daß sich ein solcher rechtsphilosophischer Begriff finden läßt, so sind wir doch noch weit entfernt von dem Ziel, mit diesem Begriff praktisch etwas anfangen zu können. Wir müssen sehen, irgendwie von diesem rechtsphilosophischen Begriff zu dem Terminus „Recht", wie er als Anknüpfungspunkt für Rechtsfolgen in der positiven Rechtsordnung steht, zu kommen. Zu einer Gleichsetzung beider können wir nur auf zwei Wegen gelangen. Entweder wir stellen fest, daß dem Gesetzgeber gerade der als gefunden angenommene rechtsphilosophische Begriff als d e r Begriff des subjektiven Rechts geläufig war. Dann ist anzunehmen, daß er diesen mit dem gesetzlichen Terminus treffen wollte. Für unser BGB. ist dieser Weg ungangbar, denn die Meinungen über den rechtsphilosophischen Begriff gehen heute noch weit auseinander. Daß der Gesetzgeber nicht einen ganz scharf umrissenen Terminus insofern bewußt schaffen wollte, ergibt sich auch daraus, daß dieser Terminus unstreitig im Gesetz sehr verschiedene Bedeutung hat. Z. B. umfaßt er im § 823 Abs. 1 nach herrschender Meinung nicht die relativen Rechte, während er an anderer Stelle, wie z. B. der Wortlaut des sogleich näher zu untersuchenden § 413 ergibt, offenbar als diese mit umfassend angesehen wird. Der zweite Weg ist der, daß wir untersuchen, welcher Begriff zu den an den Terminus geknüpften Folgen paßt. Das bedeutet, daß wir zunächst den Begriff des subjektiven Rechts aus der positiven Rechtsordnung entwickeln müssen, den positiven Begriff des subjektiven Rechts, wie man ihn nennen kann, und dann feststellen, ob er mit dem gefundenen rechtsphilosophischen Begriff übereinstimmt. Tut er das nicht, so ist der rechtsphilosophische Begriff für das praktische Rechtsleben un-

brauchbar. Tut er es, so ist diese Erkenntnis wohl wissenschaftlich wertvoll, praktisch ist der rechtsphilosophische Begriff dann überflüssig. Wir haben dann ja schon den positiven Begriff, der uns für die Auslegung des Gesetzes vollauf genügt, allerdings ja nur für die konkrete Rechtsordnung eines einzelnen Staates gilt. Es erscheint somit als zweckmäßig, direkt nach dem Begriff des subjektiven Rechts im positiven Sinne zu suchen. Hierfür spricht auch folgender Gedanke: Wir suchen den Begriff Recht, um festzustellen, ob die Gestaltungsrechte genannten Erscheinungen mit Recht so genannt werden. Das ist sicher der Fall, wenn sie einem Begriff des subjektiven Rechts entsprechen. Dessen Festlegung wird erschwert dadurch, daß, wie schon angedeutet, die Rechtsordnung mit dem Terminus Recht verschiedenen Sinn verbindet. Welche Kategorie man als Recht schlechthin und welche als Recht mit einem unterscheidenden Zusatz bezeichnen will oder ihr deutlichkeitshalber einen anderen Namen geben will, ist eine Zweckmäßigkeitsfrage. Die Zweckmäßigkeit gebietet, den Terminus subjektives Recht oder Recht schlechthin dort aufrecht zu erhalten, wo das Gesetz ihn zur Bezeichnung der relativ weitesten Kategorie verwendet, denn für die in Frage kommenden engeren Kategorien haben wir durchaus eingebürgerte Bezeichnungen, wie absolutes Recht, Anspruch usw. Es wäre unökonomisch, für eine engere Kategorie zwei Bezeichnungen zu haben, während für die weitere eine Bezeichnung dann zunächst überhaupt fehlen würde. Im weitesten Sinne gebraucht unser Gesetz den Terminus Recht in § 413 BGB., wie sogleich näher darzulegen ist. Wir müssen also, um den Begriff des subjektiven Rechts und weiter den des Gestaltungsrechts festlegen zu können, zunächst u. a. erforschen, wieweit der Bereich des § 413 geht, welche Rechtspositionen übertragbar sind, ihn also durchaus für sich allein auslegen, nicht etwa dürfen wir umgekehrt so vorgehen, daß wir sagen: Die Gestaltungsrechte sind subjektive Rechte, § 413 erklärt alle Rechte für übertragbar, also sind auch die Gestaltungsrechte übertragbar. Auf diesem Wege gehen allerdings die meisten mehr oder weniger ausdrücklich vor (vgl. Oertmann zu

§ 413, Seckel a. a. O. S. 221, Andreä, Das Recht des Antragsempfängers, insbes. S. 46, 55, 58). Denn woher wissen wir, daß § 413, wenn er Rechte grundsätzlich für übertragbar erklärt, an den rechtsphilosophischen Begriff, von dem durchweg ausgegangen wird, denkt? Oder, wollte man den positiven Begriff des subjektiven Rechts aus anderen Gesetzesvorschriften ableiten, woher wissen wir, daß § 413 gerade diesen positiven Begriff meint, da das Gesetz doch den Terminus in verschiedener Bedeutung gebraucht? Höchstens wäre ein gewisser Wahrscheinlichkeitsschluß möglich: Wenn das Gesetz den Terminus in den meisten Fällen in diesem Sinne gebraucht, wird es ihn auch wohl in § 413 in diesem Sinne gebrauchen. Aber das ist immer noch kein sicherer Schluß. Wir kommen daher um eine nicht auf einen schon gewonnenen Rechtsbegriff gestützte Auslegung des § 413 doch nicht herum. Es erscheint daher praktischer, den (positiven) Begriff des subjektiven Rechts gleich bei dieser Gelegenheit mit abzuleiten. Wir kommen so zu dem Resultat, um die Frage lösen zu können, ob die Gestaltungsrechte wirklich Rechte sind, müssen wir zunächst so vorgehen, wie wenn unser Thema hieße: die Uebertragbarkeit der Erscheinungen, die Gestaltungsrechte genannt zu werden pflegen. Hinterher können wir dann vielleicht den Begriff des subjektiven Rechts feststellen und dann auch sehen, ob die Gruppe der Gestaltungsrechte insofern zu Recht besteht, als es sich bei ihnen wirklich um Rechte handelt. Wir schließen nicht: weil diese Erscheinungen Rechte sind, fallen sie unter § 413 und sind übertragbar, sondern versuchen zu schließen: weil diese Erscheinungen übertragbar sein müssen bzw. sind, fallen sie unter den Begriff „Recht" des § 413. Welche Erscheinungen Gestaltungsrechte genannt zu werden pflegen, erfahren wir, wenn wir die Definition der herrschenden Meinung nehmen. Diese lautet (vgl. Seckel a .a. O. S. 210): das Gestaltungsrecht ist die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehung durch einseitiges Rechtsgeschäft. Die Streitigkeiten um die Grenzfälle brauchen uns hier noch nicht zu interessieren. Es genügt, wenn wir die zweifellos unter die sog. Gestaltungsrechte fallenden Erscheinungen, die jedenfalls

die Hauptmasse bilden, erfassen. Wir kommen so zu einer synthetischen Ableitung des Begriffes subjektives Recht aus dem, was alles unter denselben fallen muß, und damit zunächst zu einer Betrachtung der Unterbegriffe des subjektiven Rechts, die wir zur Erfassung des Begriffs Gestaltungsrecht doch vornehmen müßten. Der Begriff Gestaltungsrecht ergibt sich ja nach herrschender Meinung als Unterbegriff des subjektiven Rechts. Als weitere Unterbegriffe in Parallele mit den Gestaltungsrechten sieht man als sich ergebend meist (vgl. z. B. Enneccerus a. a. O. I 1 § 66) an: die Ansprüche und die Herrschaftsrechte, auch absolute Rechte genannt. Eine andere Einteilung, die ebenfalls viele Anhänger gefunden hat, ist die Zitelmanns (Internationales Privatrecht, Bd. I S. 44, Bd. II S. 32) in die Rechte des Dürfens, Könnens und Sollens[4]). Es erscheint geboten, diese Einteilungen zu untersuchen auf den Gesichtspunkt hin, nach dem die Einteilung vorgenommen wird. In Frage kommt einmal eine

---

4) Bei Zitelmann finden wir auch den Gedanken der synthetischen Methode, er wird jedoch von ihm nicht konsequent durchgeführt. Er stellt nur einzelne Typen von Rechten heraus, verzichtet aber dann (a. a. O. Bd. I S. 52) darauf, eine präzise Definition des subjektiven Rechts abzuleiten, begnügt sich vielmehr, da dies für seine Zwecke ausreiche, damit, eine jedenfalls nicht zu weite Definition aufgestellt zu haben (a. a. O. Bd. I S. 37). Er erklärt da, die üblichen Definitionen des subjektiven Rechts z. B. als Macht bezeichneten wohl richtig eine Seite des subjektiven Rechts, erschöpften jedoch seinen Gehalt nicht. Das ist m. E. gleichbedeutend damit, daß man aus dem Charakter einer Erscheinung als Macht nicht zwingend auf ihren Charakter als Recht schließen kann. Später (a. a. O. Bd. II S. 34, 43) leitet Zitelmann aber den Charakter der sogen. Rechte des Könnens als wirklicher subjektiver Rechte lediglich daraus ab, daß sie eine Macht geben. Ein Eingehen auf die Stellung der Kannrechte zu dem Merkmal seiner Definition Bd. I S. 37: „sofern das Eintreten und die Durchführung des Schutzes dieser Rechtslage von der objektiven Rechtsordnung in den Willen jener ersten Person verstellt ist", vermißt man. Vereinen ließe sich das Kannrecht damit nur im Sinne der Windscheidschen doppelten Möglichkeit der Imperativherrschaft. Dies Merkmal macht jedenfalls die Definition zu eng, denn es fallen dann die relativen Rechte des Dürfens, z. B. des Mieters, nicht mehr darunter.

Einteilung nach dem Objekt, in Bezug auf das die Vorzugsstellung des Berechtigten besteht, zum anderen eine Einteilung nach der Art, inwiefern eine Vorzugsstellung des Berechtigten hinsichtlich des Objektes besteht. Für die Prüfung der letzteren Ansicht, aus der die Dreiteilung Zitelmanns entsprungen sein dürfte, ist der Terminus Objekt aber nicht so geeignet, weil man, wie unten noch näher zu zeigen ist, darüber streiten kann, was eigentlich das Objekt ist. Er wird daher zweckmäßigerweise ersetzt durch einen eindeutigeren Begriff, dessen Erheblichkeit sich unmittelbar aus dem Wesen der Rechtsordnung ergibt, zumal wir später auch praktische Folgerungen aus ihm ziehen können. Die Rechtsordnung regelt ihrem Daseinszweck gemäß die Beziehungen der Menschen untereinander (und zwar in ihrem privatrechtlichen Teil) in ihrer Konkurrenz um die auf dieser Welt vorhandenen Güter. Durch ihre abstrakten, auf die konkreten Tatbestände automatisch zur Anwendung gelangenden Normen erreicht sie jeweils ein vollständiges Verteiltsein aller Güter (für diesen wirtschaftswissenschaftlichen Ausdruck gebraucht man auch gleichbedeutend die Ausdrücke Bedürfnisbefriedigungsmöglichkeiten, Werte oder, welchen Ausdruck besonders Thon verwendet, Genußmöglichkeiten). Verteilt in diesem weiteren Sinne sind auch die Werte, zu denen die Rechtsordnung keine andere Stellung einnimmt als die, daß sie jedermann gleichmäßig zugänglich sein sollen. Weit wichtiger sind aber die Fälle, in denen sie einem einzelnen Rechtssubjekt eine bevorzugte Sonderstellung in Bezug auf einen bestimmten Wert zuweist. Dies ist eben die Erscheinung, die wir zu umgrenzen suchen, die Erscheinung des subjektiven Rechts. In welcher Art kann nun dem Rechtssubjekt eine solche Vorzugssonderstellung in Bezug auf einen Wert gegeben werden?[5]) Da ergibt sich

---

5) Die Vorzugsstellung, das subjektive Recht, kann auch wieder als Wert bezeichnet werden. Der, welcher einen Anspruch auf Uebereignung eines Pferdes hat, hat eine Vorzugsstellung auf diesen Wert. Der, welcher einen Anspruch auf Abtretung dieses ersten Anspruchs hat, hat eine Vorzugsstellung in Bezug auf den Wert des Anspruchs. Die Rechtsordnung verteilt also nicht

zunächst die Unterscheidung: 1. in der Art, daß das Rechtssubjekt ein Mittel erhält, durch das es sich den Wert selber verschaffen kann, 2. in der Art, daß ihm der Wert ohne ein solches Mittel in Aussicht gestellt werden kann, so daß seine Erlangung für es einen Zufall darstellt, aber immerhin einen Zufall, der nur ihm, nicht anderen den Wert verschafft. Hierher gehören z. B. das bedingte Recht (Näheres siehe unten S. 57 ff.), die Eigentumsanwartschaft des Finders [6]). Innerhalb des Falles 1 kann dann nach der Art des Mittels noch weiter unterschieden werden. So kommen wir zu a) den Rechten des Dürfens. Dies ist die Form der unmittelbaren Genußmöglichkeit. Der Bevorzugte darf sich durch seine tatsächliche Handlung befriedigen. Die Vorzugssonderstellung ergibt sich hier daraus, daß er darf, was grundsätzlich alle anderen nicht dürfen. Beispiele bieten das Recht des Mieters, des Entleihers, wenn ihnen der Besitz der Sache überlassen ist, das Notwehrrecht, das Selbsthilferecht. Dagegen bilden die meist hierher gerechneten absoluten oder Herrschaftsrechte eine Erscheinung, über die nicht ohne weiteres entschieden werden kann, ob sie schlechthin hierher gehören oder schon eine kompliziertere Erscheinung darstellen. b) Den Rechten des Könnens oder Gestaltungs-

---

nur die natürlichen Werte, sondern schafft noch neue hinzu. Allerdings dienen auch diese nur der Verteilung der natürlichen Werte. Man kann aber die Vorzugsstellung dessen, dem ein solcher sekundärer Wert in Aussicht gestellt ist, unmittelbar auf den am Endpunkt der Wertkette stehenden natürlichen Wert beziehen. Man muß dann sagen, daß die Rechtsordnung hier nicht die Möglichkeit bietet, den Wert zu erlangen, aber doch, ihm näher zu kommen.

6) Hier sollen zunächst nur diese Möglichkeiten aufgeführt werden ohne irgendwelche Stellungnahme dazu, ob sie Rechte sind; allerdings geschieht dies, um später für eine Gruppe, die der Gestaltungsrechte, eine endgültige Stellungnahme in dieser Richtung zu ermöglichen; die anderen Gruppen — Zweifel über ihre Rechtsnatur bestehen auch für die Anwartschaften — vgl. Enneccerus a. a. O. I 1, § 66 Anm. 12 u. § 185 I 1 d, Oertmann, Arch. ziv. Prax., 123 S. 137 — interessieren uns dann nicht mehr.

rechten. In ihnen ist die Möglichkeit, dem Genuß näher zu kommen, gegeben durch die Möglichkeit der Hervorrufung von Aenderungen in der konkreten Rechtswelt, vermöge deren neue, dem Genuß näher stehende Mittel erlangt werden. Die Vorzugssonderstellung besteht darin, daß ein gewisses Handeln des Berechtigten mit einer Rechtswirkung ausgestattet wird, wo das Handeln des Nichtberechtigten wirkungslos wäre. c) Endlich möchte man hierherstellen: den Anspruch. Dieser kann je nach Art der in Aussicht gestellten Handlungen mittelbar oder unmittelbar zur Bedürfnisbefriedigung führen. Er hat im Gegensatz zu den unter a) und b) genannten Erscheinungen also eine doppelte Funktion. Soweit bei der dem Berechtigten verliehenen Möglichkeit, zu einem Genuß zu gelangen, der Genuß unmittelbar mit der Vornahme der Handlung, auf die der Anspruch besteht, verwirklicht wird, ist daher, da — wie sogleich näher auszuführen ist — die Rechte des Dürfens von der positiven Rechtsordnung hier prinzipiell nicht zugelassen sind, der Anspruch das allein mögliche Mittel der Inaussichtstellung eines Wertes. Andererseits wird das Mittel des Anspruchs auch gewährt zur Erlangung von Handlungen, die keinerlei Interesse haben wegen ihres natürlichen Erfolges, bei denen somit eine unmittelbare Genußerlangung durch dieselbe nicht in Frage kommt, die vielmehr begehrt werden lediglich um einer durch diesen natürlichen Erfolg herbeizuführenden Rechtswirkung willen. In diesen Fällen kann die Rechtsordnung statt des Anspruchs auf Vornahme dieser Handlungen auch ein rechtliches Können zur Herbeiführung der sonst durch die Handlung herbeizuführenden Rechtswirkungen geben. Statt des Anspruchs auf Eigentumsübertragung z. B. kann die Rechtsordnung die Möglichkeit gewähren, durch einseitige Erklärung das Eigentum zu erwerben. Die Erscheinung des Anspruchs, in der Zitelmannschen Einteilung: des Sollrechts, ergibt sich daraus, daß die Rechtsordnung dem Menschen, der Rechtsperson, d. h. möglicher Träger subjektiver Rechte, und um dessentwillen die ganze Rechtsordnung da ist, eine Sonderstellung auch da einräumt, wo er sonst (als Quelle der in ihm bzw. seinen Handlungen liegenden

Werte) als Rechtsobjekt erscheinen würde, indem sie ihn vermöge der Rechtsfigur des Anspruchs als Pflichtsubjekt erscheinen läßt. Logisch möglich wäre es, daß die Rechtsordnung ein Mittel zur Erlangung eines Wertes von einem anderen Menschen genau in gleicher Weise gäbe, wie sie etwa ein Recht an einem Pferd gibt, wo der Berechtigte seinen Wert dadurch bekommt, daß er das Tier durch seine natürliche Behandlung zwingt, das zu tun, was ihm Vorteil bietet. Eine derartige Regelung würde aber den Zweck der Rechtsordnung als Friedensordnung zu sehr gefährden. Daher wählt sie, aufbauend darauf, daß der Mensch möglicher Adressat von Imperativen ist, den Weg, an das so zum Pflichtsubjekt werdende Rechtsobjekt einen Imperativ zu richten und weiter in der Regel die Möglichkeit, den Anstoß zur staatlichen Durchsetzung desselben zu geben, in seine Hand zu legen. Aber bei näherer Betrachtung des Wesens des Anspruchs, wie das BGB. ihn kennt, müssen wir feststellen, daß er überhaupt nicht in die Einteilung paßt, die wir bisher durchzuführen versuchten. Zitelmann spricht von den Rechten des Sollens. Darin zeigt sich auch im Wortlaut deutlich das Preisgeben des einteilenden Gesichtspunktes [7]). Wer darf und kann, das ist der Berechtigte, wer soll, das ist der Rechtsgegner des Berechtigten. Wenn das Wesen des Anspruchs wirklich nur darin besteht, daß an jemanden zugunsten des Berechtigten ein Imperativ ergeht, so kann nicht mehr die Rede davon sein, daß er ein Mittel des Berechtigten, sich einen Wert zu verschaffen, ist. Der Anspruch des BGB. ist nicht gleich dem sog. Klagrecht, aber auch nicht gleich Zitelmanns Sollrecht. Aber auch wenn der Anspruch des BGB. nach seinen begrifflichen Merkmalen gleich Zitelmanns Sollrecht wäre, paßte er nicht in die hier untersuchte Einteilung, weil man eben nicht sagen kann, daß hier dem Berechtigten ein Mittel gegeben ist, sich etwas zu verschaffen. Es liegt daher entweder ein Fall der Hauptgruppe 2 oder eine dritte besondere Art des Inaussichtstellens

---

7) Hierauf weisen auch hin Seckel a. a. O., S. 210, Oertmann, Arch. ziv. Prax., 123 S. 129.

vor. Regelmäßig gehört zum Anspruchsinhalt auch das Klagenkönnen. Auch dieses insofern inhaltsreichere Gebilde ist unstreitig ein Anspruch, so daß nur der Schluß übrig bleibt, der Anspruch ist schon ein komplizierteres Gebilde als ein reines Sollrecht. Der Anspruch wäre ein Mittel zur Erlangung eines Wertes und würde somit in die bisher verfolgte Einteilung passen, wenn er identisch wäre mit dem (konkreten) Klagrecht, wie das namentlich Binder in seinem Buch „Prozeß und Recht" vertritt. Allein hier muß eine ähnliche Unterscheidung getroffen werden, wie wir sie oben für den Begriff des subjektiven Rechts getroffen haben. Binder faßt den Anspruch ebenfalls auf als einen Begriff der reinen Rechtslehre, der für alle Zeiten und Völker gelten soll. Wir haben aber im BGB. einen positiv-rechtlichen Begriff des Anspruchs, der sogar ausdrücklich, wenn auch recht unklar, definiert ist in § 194. Dieser ist jedenfalls nicht identisch mit dem Klagenkönnen. Dies wird dadurch bewiesen, einmal daß es Klagen gibt in Fällen, in denen das BGB. und die allgemeine Meinung zweifellos einen Anspruch nicht als vorliegend ansieht, z. B. die Scheidungsklage (vgl. Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, § 1 IV 1), weiter, daß gewisse Wirkungen und somit der Anspruch bestehen bleiben trotz seiner Verjährung, trotz des Nichtmehrklagenkönnens, wie es vorliegt, nachdem die Verjährungseinrede erhoben ist; denn nach § 223 BGB. ist dann der Anspruch wenigstens noch insofern vorhanden, als er als Grundlage eines Pfandrechts dient. Vor allem aber beweisen dies und weiter noch, daß das Gebiet des Anspruchs im Sinne des BGB. erheblich hinausgeht über den Anspruch im Sinne des Sollrechts, der betagte und der verhaltene Anspruch (im Sinne Langheinekens). § 194 und § 241 BGB. ergeben, daß, wo ein Schuldverhältnis sein soll, ein Anspruch vorhanden sein muß. §§ 607—609 BGB. ergeben, daß das BGB. ein Schuldverhältnis (im Sinne einer einzelnen Verpflichtung) auch beim nicht gekündigten Darlehn als bestehend ansieht, obwohl unzweifelhaft ist, daß ein eigentliches Leistensollen des Schuldners noch nicht besteht, vielmehr erst entstehen wird, wenn der Darlehnsgeber eine

entsprechende Erklärung abgibt[8]). Daraus ist zu schließen, daß ein Anspruch im Sinne des BGB. nicht nur vorliegt, wenn der Rechtsgegner leisten soll, sondern auch dann, wenn der Berechtigte diesen Zustand durch seine Erklärung zustande bringen kann, sowie auch dann, wenn das Leistensollen automatisch durch Zeitablauf eintritt, wie § 271 beweist. Daß der Rechtsgegner in diesen Fällen doch schon leisten soll, kann man nicht dartun, indem man sagt: er ist schon jetzt verpflichtet, künftig z. B. 100 RM. zu zahlen. Denn wenn ich von einem gegenwärtigen Sollen spreche, das in künftigem Sollen besteht, so bedeutet Sollen in beiden Fällen etwas Verschiedenes, was sich deutlich in dem Nichtbefolgen des Sollens zeigt. Die Nichtbefolgung des in letzterem, dem gegenwärtigen Sollen, liegenden Befehls ist Ungehorsam gegen den Befehl. Ein Nichtbefolgen des in ersterem Sollen liegenden Befehls ist dagegen einstweilen noch gar nicht möglich. Die Art des Sollens, dessen Nichtbefolgung sofort Ungehorsam gegen einen Gesetzesbefehl ist, ist sicherlich die Art des Leistensollens, an die man gewöhnlich denkt, wenn man von Verpflichtung, Anspruchsgegnerschaft spricht. Die erste Art des Sollens bedeutet lediglich ein Nichtausweichenkönnen davor, daß ein Zustand des eigentlichen Sollens bei einem entsteht. Aber warum soll man nicht beide Arten des Sollens unter einen Oberbegriff zusammenfassen? Dies ist systematisch um deswillen unrichtig, weil der erste Sollensbegriff seinen begrifflichen Inhalt nur aus dem Gegensatz zum zweiten schöpft, dagegen nicht Merkmale enthält, die ihm mit dem zweiten Sollensbegriff gemeinschaftlich sind und so erlaubten, beide zusammen in Gegensatz zu dritten Kategorien zu stellen[9]). Aber

8) Aehnliche Erscheinungen ergeben z. B. § 264 BGB. bei Wahlrecht des Gläubigers, § 315 bei Bestimmungsrecht des Gläubigers.

9) Eine ganz andere Frage ist allerdings, ob nicht vielleicht auch in diesem Vorstadium des eigentlichen Sollens doch ein Sollen der zweiten Art vorhanden ist, nämlich ein Verpflichtetsein, sich zur Leistung bereit zu halten (so für die betagten Ansprüche Henle a. a. O. S. 367). Wenn ein solches besteht, was hier nicht näher untersucht zu werden braucht, so

die Verfasser des BGB. und infolgedessen das BGB. selbst haben nun einmal diesen systematisch eigentlich zu verwerfenden Standpunkt eingenommen [10]). Der unsystematische Charakter des Anspruchsbegriffs des BGB. ist zu erklären aus seiner historischen Entwicklung im Anschluß an den Begriff Windscheids (vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, § 43). Anspruch, sagt er, ist die Richtung eines Rechts auf die Unterwerfung eines fremden Willens. Aber unmittelbar darauf klingt es bei ihm fast schon so: Anspruch ist jedes Recht, wenn es so beschaffen ist,

---

hat es jedenfalls einen ganz anderen sachlichen (im Gegensatz zum zeitlichen) Inhalt, wie das Sollen der zweiten Art im späteren Stadium und erscheint als neben dem Gestaltungsrecht durchaus sekundär, da es nicht die Möglichkeit gewährt, von dem Sollen des Bereithaltens zu dem Sollen der eigentlichen Leistung zu kommen, um dessentwillen ersteres ja doch überhaupt nur Bedeutung haben kann.

10) Man könnte daran denken, aus § 328 Abs. 2 BGB. zu schließen, daß für den Anspruch des BGB. die Kategorie des Sollens überhaupt nicht zur Ausfüllung dieses Begriffs geeignet sei. A hat das Forderungsrecht, den Anspruch gegen B, daß dieser eine Kuh an X leistet. B „soll" also eine Kuh an X leisten. Trotzdem sieht das Gesetz es als möglich an, daß X kein Recht hat. Also muß mehr oder anderes vorliegen, damit ein Anspruch gegeben ist, als daß an jemanden geleistet werden soll. Da der Anspruch als Klagrecht schon abgelehnt ist, käme noch das Verfügenkönnen über einen Imperativ oder das Inbeziehungstehen zu einem Imperativ (vgl. Schulz-Schäffer, Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung, S. 74) in Frage. Aber das ist ein Trugschluß. Denn die Leistung, die ein solcher Vertrag zum Gegenstande hat, ist eben gar nicht: Uebereignung der Kuh, sondern Uebereignung der Kuh an X. Den letzteren, nicht ersteren Wert haben die Parteien zu schaffen beliebt. Der, dem geleistet werden soll, ist nicht der, welcher irgendwie zum Inhalt der vorzunehmenden Handlung gehört, sondern der, dem der Wert in Aussicht gestellt wird. Diese Eigenschaften fallen allerdings oft in einer Person zusammen (vgl. unten S. 51). Der in unserem Falle allein in Frage kommende Rechtsgrund stellt dem X keinen Wert in Aussicht, denn er stellt nur einen Wert in Aussicht, und zwar dem A. Daß etwas geschehen „soll", was meine Rechtssphäre mehrt, genügt noch nicht, um mir einen Anspruch zu geben. Es muß auch mir gegenüber gesollt werden.

daß auf Grund desselben eine Person der Willensmacht des Berechtigten unterworfen ist[11]). Für Windscheid machte das keinen Unterschied. Denn bei ihm hatten alle Rechte die Anspruchseigenschaft. Später hat man diese zunächst allgemein den dinglichen Rechten abgesprochen. Damit lag es sehr nahe, die übrigen Rechte nun im Gegensatz dazu als Ansprüche zu bezeichnen, so daß dieser Terminus nicht mehr eine Seite derselben, die ihnen mit den dinglichen Rechten gemeinsam war, bezeichnete, sondern ihr Wesen bezeichnete, durch das sie sich von den dinglichen Rechten unterschieden. Damit bedeutete Anspruch soviel wie relatives Recht[12]). Windscheid gibt auch an, was er sich als Inhalt dieser Richtung gegen einen anderen denkt. Es ist alles das, was überhaupt Inhalt eines subjektiven Rechts sein kann: Möglichkeit der Durchsetzung eines Imperativs und Einfluß auf die Existenz eines Imperativs (Entstehung, Veränderung, Fortfall), zusammengefaßt = Zugeeignetsein eines Imperativs. Diese Art der Richtung macht aber nicht das Wesen des Anspruchs aus, sondern nur die Richtung an sich. Da bei Windscheid alle Rechte Ansprüche waren, würden nach Ausscheidung der absoluten Rechte nach ihm jedenfalls noch fast alle (nicht relative sind nur vereinzelt vorhanden) Gestaltungsrechte unter den Begriff Anspruch gefallen sein. Die Terminologie der heutigen Wissenschaft betont als Wesen des Anspruchs dagegen gerade die Art der Richtung, den Inhalt dieses subjektiven Rechts in sachlicher statt in persönlicher Hinsicht und setzt den Anspruch in direkten Gegensatz zum Gestaltungsrecht. Das BGB. hat sich noch nicht so weit von Windscheid

---

11) Das Wort Verlangenkönnen taucht auch hier schon auf, soll aber auch nichts weiter bedeuten, als das Unterworfensein. Insbesondere wird also nicht der Ton auf das Können gelegt. Dies ist wichtig, denn wenn man mit dem rechtlichen Können hier Ernst machen wollte, käme für das Hervorrufen von Rechtswirkungen nur das Handeln vor dem Gericht in Frage.

12) So setzt denn auch Zitelmann a. a. O. Bd. I S. 48 Sollrecht und relatives Recht gleich; den Terminus Anspruch gebraucht er nicht.

entfernt. In zahlreichen Fällen liegen nach ihm Ansprüche vor, die zugleich Gestaltungsrechte sind (vgl. die Beispiele oben S. 14 Anm. 8). Aber das BGB. betont doch schon stark, wie § 194 zeigt, als das Wesen des Anspruchs seinen sachlichen Inhalt, so daß nach ihm wohl nur Fälle, wo ein Imperativ zugunsten des Berechtigten besteht oder zur Entstehung kommen kann, unter den Anspruchsbegriff fallen, nicht etwa auch die Möglichkeit, einen Imperativ zu beseitigen. Man kann nicht sagen, daß der Windscheidsche Anspruchsbegriff im BGB. aufrecht erhalten sei. Denn von den Verfassern des BGB. gewollt und auch im BGB. zum Ausdruck gelangt (man denke an die umstrittene Frage, ob es einen Wandlungs- und Minderungsanspruch gibt) ist ein klarer Gegensatz zwischen Ansprüchen und den anderen Rechten, die wir jetzt Gestaltungsrechte nennen, insofern als jene aber nicht diese verjähren. Diese, Windscheid gegenüber engere Auffassung des Anspruchs zeigt sich ferner deutlich in §§ 199, 200 BGB. An anderer Stelle wieder hat es im BGB. deutliche Spuren hinterlassen, daß ursprünglich Anspruch und Verpflichtung nicht gleichbedeutend mit Tun- oder Unterlassensollen war. Z. B. muß man, wenn man den Anspruch in diesem systematischen (oder sachlichen) Sinne auffaßt, zu der Ansicht kommen, daß das Darfrecht des Mieters im Gesetz überhaupt nicht erwähnt ist, so daß es, nachdem die Auffassung des Anspruchs im sachlichen Sinne herrschend geworden war, von Raape (Iherings J. 74 S. 191) erst wieder neu entdeckt werden mußte. Dies Darfrecht und die entsprechende Rechtsgegenstellung ist aber eben vom Gesetz in dem Anspruch des Mieters mitgedacht. Daß dies sehr wohl möglich ist, beweist die Leihe, bei der zunächst auch nur von einer Verpflichtung, den Gebrauch zu gestatten, und dann im § 603 auf einmal von den Grenzen des Dürfens des Entleihers die Rede ist. Ferner gibt es nach § 271 geradezu eine Forderung, also einen Anspruch, auf Grund dessen sein Inhaber noch nichts „verlangen kann". Verständlich ist dies nur, wenn hier „verlangen können" im Sinne des Gegenstücks zu dem eigentlichen Sollen, im § 194 dagegen farbloser gemeint ist im Sinne

des relativen Rechts. Hinzu kommt, daß das BGB. an vielen Stellen auch einfach von Klagenkönnen und Aehnlichem spricht, wo auch nichts anderes gemeint ist als ein Anspruch (vgl. die Aufzählung bei Wendt, Arch. ziv. Prax., 92, S. 150). Das Ergebnis ist daher, daß das BGB. es versäumt hat, auf diesem Gebiet volle systematische Klarheit zu schaffen. Der Anspruch im Sinne des BGB. darf daher nur als ein historisch gewordener Ausschnitt aus der Welt der subjektiven Rechte, nicht als einziger im Gesetz ausdrücklich definierter Unterbegriff, der sich aus der hier untersuchten systematischen Einteilung ergebe, betrachtet werden. Will man diese systematisch gewiß nicht wertlose Einteilung beibehalten und die eine Grundform der Wertinaussichtstellung, das Sollen, Anspruch nennen, so muß man sich darüber klar sein, daß es nicht der Anspruch im Sinne des BGB. ist. Diese Einteilung bleibt für uns wertvoll, weil sie uns die verschiedenen möglichen Inhalte eines subjektiven Rechts aufzeigt, welche Verschiedenheiten auch praktische Unterschiede zur Folge haben. Damit ist aber nicht gesagt, daß auch immer, wo sich von einer Rechtsperson aussagen läßt, daß sie kann oder darf usw., ein subjektives Recht derselben vorliegt. Es muß vor allem noch das Merkmal der Sonderstellung hinzukommen (vgl. oben S. 4). Sonst kommen wir beim Können in das Gebiet der Fähigkeiten, beim Dürfen ebenfalls in das Gebiet des von subjektiven Rechten leeren Raums, desgleichen beim Sollen (bzw. Nichtsollen) zugunsten jedermanns. Der Auffassung Binders, der unseren Anspruch im technischen Sinne, das Sollrecht, nicht anerkennen will, sondern in „Prozeß und Recht“ Anspruch mit Klagenkönnen gleichsetzt und an anderer Stelle (Arch. ziv. Prax. 77 S. 163 ff.) das Wesen der Schuld in der Haftung erblickt, liegt m. E. etwas Richtiges zugrunde, das nur zu ausschließlich betont ist. Das Sollrecht ist für uns eine mögliche Art der Inaussichtstellung eines Wertes. Es bedeutet deshalb für das Rechtssubjekt einen Vorzug, weil viele Rechtspersonen dem Gesetzesbefehl auch ohne Zwang Folge leisten werden. Aber da vielfach auch das Gegenteil der Fall ist, ist ein bloßes Sollrecht kein sehr starkes Recht und bedient sich die Rechts-

ordnung eines solchen nur selten. An sich würde das Sollrecht und sein Gegenstück, das Verpflichtetsein, daher wohl nur eine bescheidene Rolle in unserem Rechtssystem spielen. Es gewinnt nun aber eine überragende Bedeutung dadurch, daß es zugleich der terminus technicus für unsere Rechtsordnung ist, mit dem sie ein Klagenkönnen verleiht. Dies ist es so ausgeprägt, daß das Gegenteil von dem Gesetz ausdrücklich gesagt zu werden pflegt (Beispiel § 1297). Aber weil eben auch das Sollen zugunsten jemandes an sich ein Recht ist, liegt nicht nur ein terminus vor, so daß es nur Kann- und Darfrechte gäbe, sondern ein Recht mit zwiefachem Inhalt. Zweifelhaft ist, ob das Klagenkönnen sich lediglich als ein Können oder auch als Dürfen darstellt. Ersteres tut es, wenn man an das Hervorrufen entsprechender Pflichten bei den Staatsorganen denkt, letzteres, wenn man an die tatsächlichen Handlungen denkt, die sich durch das Werkzeug des Gerichtsvollziehers in der Rechtssphäre des Rechtsgegners abspielen können. Eine Untersuchung dieser Frage ist für die Zwecke dieser Arbeit nicht erforderlich.

Die noch in Frage kommende Einteilung nach dem Objekt (vgl. oben S. 9) ist dagegen schon systematisch nicht haltbar. Mag man als Objekt bei den absoluten Rechten das materielle oder immaterielle Gut, bei den Ansprüchen den Rechtsgegner (dies ist schon anzweifelbar) annehmen. Damit die Dreiteilung herauskommt, müssen die Gestaltungsrechte ein drittes andersartiges Objekt haben. Als solches kommen nur in Frage die konkreten subjektiven Rechte. Aber ein einzelnes subjektives Recht, das Objekt sein könnte, ist bei den Gestaltungsrechten, die subjektive Rechte erzeugen (nicht verändern oder aufheben), noch nicht vorhanden. Die Gesamtheit der jeweils vorhandenen subjektiven Rechte, die konkrete Rechtsordnung, kommt als Objekt nicht in Frage, weil sonst zahllose Rechte das gleiche Objekt hätten.

Entsprechend unserem Plane hinsichtlich der endgültigen Klärung des Begriffs subjektives Recht kommen wir nun zunächst zum zweiten Begriff unseres Themas. Uebertragbarkeit heißt Möglichkeit der Uebertragung. Der Begriff Uebertragung ist eine Unterart des Begriffs Uebergang. Uebergang

bedeutet einen Platzwechsel eines Gegenstandes. Diesen zunächst räumlich gedachten Vorgang hat man auf die Rechtswelt übertragen, indem man sich die Rechtssubjekte als die Plätze vorstellte, von deren einem zum anderen das Recht hinüberwechselt. Die Besonderheit der Uebertragung als Unterfall des Uebergangs besteht darin, daß bei ihr der Uebergang durch ein auf diesen Effekt gerichtetes Rechtsgeschäft hervorgerufen wird. Die Uebertragung steht im Gegensatz zu: a) der konstitutiven Sukzession, bei der aus dem Mutterrecht gewisse Befugnisse ausgeschieden werden, dagegen nicht das Vollrecht übergeht, was zu der Erscheinung des Rechts an fremder Sache (bzw. an fremdem Recht) führt. b) Der kumulativen Sukzession, bei der neben den bisher Berechtigten noch ein oder mehrere weitere Berechtigte treten.

Nunmehr ist ganz allgemein zu der Frage Stellung zu nehmen: Können die Gestaltungsrechte genannten Erscheinungen übertragen werden? Die Antwort gibt das Gesetz in § 413. In Verbindung mit § 398 ergibt dieser: ein Recht kann von dem Berechtigten durch Vertrag mit einem anderen übertragen werden, d. h. ein Vertrag des Inhalts und mit der Wirkung geschlossen werden, daß der andere an die Stelle des bisherigen Berechtigten tritt. Diese Antwort nützt uns aber zunächst nichts, weil wir nicht wissen, wieweit dieser Begriff Recht reicht, ihn vielmehr gerade erst danach finden wollen, was wohl übertragen werden kann. Für die Bejahung der gestellten Frage spricht folgendes:

1. Die Rechtsordnung verteilt, wie schon oben [13]) ausgeführt wurde, die natürlichen Werte durch Verleihung von subjektiven Rechten in Beziehung auf dieselben. Die subjektiven Rechte stellen dann auch ihrerseits wieder Werte dar. Ein natürlicher Wert läßt in einer entwickelten Wirtschaft in der Regel eine doppelte Art der Verwertung zu, nämlich einmal die durch Gebrauch oder Verbrauch des Gegenstandes je nach seiner Eigentümlichkeit, zum anderen die durch Umtausch gegen andere Werte, weshalb die Wirtschaftswissenschaft schon lange mit dem Gegensatz Gebrauchswert —

13) S. 9.

Tauschwert arbeitet. Diese wirtschaftliche Tatsache hinsichtlich der natürlichen Werte mußte ihr Gegenstück bei den Rechtswerten finden. Daraus ergibt sich als natürlicher Grundsatz für die Rechtsordnung einer entwickelten Wirtschaft: alle Rechtswerte sind übertragbar. Die sog. Gestaltungsrechte sind aber genau so gut Rechtswerte wie andere unzweifelhafte Rechte. Ich habe offenbar ebenso einen Wert in Händen, wenn ich mir durch Erklärung das Eigentum an einer Sache verschaffen kann, wie wenn ich durch die Macht des Gesetzesbefehls die Aussicht habe, daß es mir übertragen wird. Somit ist anzunehmen, daß der Terminus Recht in § 413 auch die sog. Gestaltungsrechte mit umfaßt. Dieser Gedankengang wird bestätigt durch die geschichtliche Tatsache, daß allerhand Bindungen der konkreten vorteilhaften Sonderrechtsposition, z. B. der Ansprüche im altrömischen Recht, an die Person des einmal Berechtigten in neuerer Zeit immer mehr fortgefallen sind durch Ausbau des Rechtsinstituts der Zession. In Ermangelung von Anhaltspunkten für das Gegenteil wird man in einen unklaren Begriff des Gesetzes immer diesen natürlichen Grundgedanken hineinlegen müssen und daher den Begriff Recht im § 413 weit auslegen müssen, so daß alle Rechtswerte darunter fallen.

2. Die innere Verwandtschaft zwischen Gestaltungsrechten und Ansprüchen auch dann, wenn wir von den Ansprüchen im Sinne des BGB. nur die betrachten, die wirklich Sollrechte, nicht zugleich Gestaltungsrechte sind, also die Ansprüche im sachlichen Sinne. Schon Hellwig[14]) sagt, daß es eine Frage der Gesetzgebungspolitik sei, ob das Gesetz einen Anspruch oder ein Gestaltungsrecht vorsehe. Allerdings ist das Gebiet des Anspruchsrechts weiter. Dies greift vor allem auch Platz in Fällen, in denen der Berechtigte durch eine bloße Willenserklärung gar nichts erreichen kann, nämlich sobald es sich um Verschiebungen in der natürlichen Welt handelt. Es sind dies die schon bei der Einteilung der Anspruchsfunktionen zu den übrigen Ansprüchen in Gegensatz gestellten Ansprüche auf menschliche Handlungen, die

14) Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts I, § 34 I und III § 153 I.

unmittelbare Werte darstellen. Bei den Gestaltungsrechten dagegen handelt es sich ausschließlich um Rechte zur Hervorrufung von Verschiebungen in der Welt der subjektiven Rechte. Aber jedenfalls gibt es auch auf Verschiebungen der letztgenannten Art gerichtete Anspruchsrechte, bei denen die zunächst beanspruchte Handlung des Gegners nur als Mittel zu diesem Zweck in Betracht kommt. Ein rechtspolitischer Grund, warum in solchen Fällen die Auswertung der Rechtsposition durch Uebertragung möglich sein sollte, wenn ein Anspruch gewährt ist, dagegen nicht, wenn ein Können gewährt ist, ist durchaus nicht zu finden. Ferner: die Verwandtschaft zwischen den auf Rechtsänderungen gerichteten Anspruchsrechten und den Gestaltungsrechten geht so weit, daß an einem Punkte überhaupt jeder Unterschied verschwindet. Ein Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung wird gemäß § 894 ZPO., wenn er nicht freiwillig erfüllt wird, dadurch durchgesetzt, daß der Berechtigte auf Abgabe klagt, dann aber nicht diese Abgabe erzwungen wird, sondern mit Rechtskraft des Urteils die gleiche Wirkung eintritt, wie wenn die Erklärung abgegeben wäre. Da auch viele Gestaltungsrechte ausgeübt werden nicht nur durch private Willenserklärung, sondern zugleich noch ein gerichtliches Urteil zu ihrer Verwirklichung erfordern (z. B. das Scheidungsrecht, vgl. Seckel a. a. O. S. 239 ff.), kann man sagen, daß die Rechte auf Abgabe von Willenserklärungen nebeneinander Anspruchsbefugnisse (im systematischen Sinne) und Gestaltungsbefugnisse enthalten auf Herbeiführung der durch die Willenserklärung zu bewirkenden Rechtsänderung. Hier ist derselbe Wert gleich auf zweierlei Art in Aussicht gestellt. Sollte dem Zessionar etwa nur noch die eine Form der Inaussichtstellung zuteil werden? Sicher nicht; der innere Grund liegt darin, daß der Grund für die Uebertragbarkeit des Rechts eben ist, daß es ein Wert ist, nicht dagegen, daß es ein Wert in bestimmter Form ist[15]).

15) Die gleiche Erscheinung — ein Wert gegeben in verschiedenartigen Verwirklichungsmöglichkeiten — bietet jeder Anspruch, wenn sich ihm eine Aufrechnungsbefugnis zugesellt; siehe unten S. 105.

3. In den Fällen der sog. verhaltenen Ansprüche[16]), die unstreitig übertragbar sind auf Grund des § 398, werden alltäglich Gestaltungsrechte übertragen. Man kann dies Argument nicht dadurch entkräften, daß man sagt: möglicherweise sind diese Gestaltungsrechte nur deshalb übertragbar, weil sie eben zugleich Forderungsrechte sind. Denn diese Gestaltungsrechte fallen unter den Anspruchsbegriff nicht wegen eines sachlichen Unterschiedes von den übrigen Gestaltungsrechten oder wegen besonderer Gemeinsamkeiten mit den eigentlichen Sollrechten, sondern lediglich wegen einer rein zufälligen, historischen Entwicklung des Anspruchsbegriffs.

4. Die Unübertragbarkeit würde gemäß § 851 ZPO. die Unpfändbarkeit zur Folge haben. Es ist aber nicht ersichtlich, warum z. B. ein Aneignungsrecht, das doch einen sehr erheblichen Wert darstellen kann, dem Zugriff der Gläubiger entzogen sein soll.

5. Die Unübertragbarkeit wäre sehr unpraktisch in den Fällen der sog. Ablösung des ganzen Schuldverhältnisses. Wird z. B. ein Betrieb mit allem Drum und Dran veräußert, vielleicht ein großes Handelsgeschäft mit Hunderten von Verträgen, in die nach dem Willen der Parteien ein allgemeiner Eintritt erfolgen soll, der allerdings juristisch nach h. M. nur als Eintritt in die einzelnen Rechte und Pflichten möglich ist, sollte dann der Veräußerer etwa mit allen Anfechtungs- und Rücktrittsrechten behaftet bleiben, wo doch das Gesetz sogar den Eintritt in die Pflichten begünstigt (vgl. §§ 25, 26 HGH.) und die hinsichtlich letzterer bestehenden Bedenken für die Gestaltungsrechte nicht vorliegen, da sie Rechtsstellungen, nicht Rechtsgegenstellungen sind, oder sollten die darin liegenden Werte einfach verloren gehen?

Ferner gibt es noch einige weniger gewichtige Argumente.

6. Das Gesetz geht stillschweigend von der Uebertragbarkeit des Gestaltungsrechts aus in § 2172 Abs. 2, worauf

---

16) Vgl. oben S. 13.

Seckel (a. a. O. S. 221) aufmerksam macht[17]). Andrerseits hebt es die Unübertragbarkeit eines Gestaltungsrechts ausdrücklich, also offenbar als die Ausnahme, hervor in § 514 BGB. Allerdings kann man gegen letzteres Argument einwenden, wenn man den Gedanken, die der Gesetzgeber bei der Abfassung des Gesetzes hatte, entscheidendes Gewicht beilegt, wovon bestritten ist, inwieweit es methodologisch richtig ist, immer sagen: zur Zeit der Abfassung des BGB. war der Begriff der Gestaltungsrechte noch nicht überall klar erkannt; der Gesetzgeber hat also auch an dieser Stelle nicht zu ihm Stellung nehmen wollen.

7. Auch in dem Falle, wo das Gesetz in § 514 ein Gestaltungsrecht für unübertragbar erklärt, tut es dies nicht deshalb, weil es sich um ein Gestaltungsrecht handelt, sondern aus der besonderen Beschaffenheit gerade dieses Gestaltungsrechts heraus. Beweis: es handelt sich um eine Dispositivvorschrift. Kraft Parteiwillens kann auch dieses Gestaltungsrecht übertragbar sein. Daher kann die Uebertragbarkeit nicht dem Wesen der Gestaltungsrechte widersprechen.

8. In § 5 Abs. 4 Z. 2 des Grunderwerbssteuergesetzes spricht das Gesetz ausdrücklich von der Uebertragbarkeit des Rechts aus der Offerte.

Alledem gegenüber spricht für die Verneinung der Frage, sind die sog. Gestaltungsrechte übertragbar?, eigentlich nichts. Es könnte dafür sprechen lediglich ein vorgefaßter enger Begriff des subjektiven Rechts, wenn man dann diesen als im § 413 gemeint ansieht. Aber ein derartiges Vorgehen ist eben, wie dargetan, unrichtig[18]). Aus den Materialien (Motive

17) Es ist nichts davon gesagt, daß diese Bestimmung nur gelten solle, wenn der Erblasser nicht im Besitz der Sache ist (§ 258 S. 2 BGB.).

18) Es führt auch im einzelnen zu ganz anderen Ergebnissen als nach unserer Auffassung. Dies sehen z. B. bei Affolter, Grünhuts Zeitschrift 1909, Seite 545 ff., der den Begriff des objektiven Rechtsverhältnisses neben den des subjektiven Rechts setzen will, nachdem er ohne weitere Begründung auf S. 545 den Satz aufgestellt hat, daß Rechte nach Art des Rücktrittsrechts keine subjektiven Rechte seien, weil es hier an dem Objekte fehle, zu dem das Subjekt in Beziehung stehe, was zum

Bd. II S. 141, Prot. Bd. I S. 404) zu § 413 ergibt sich allerdings nichts dafür, daß dieser die sog. Gestaltungsrechte treffen sollte, es wird vielmehr insbesondere auf die Urheberrechte als gemeint hingewiesen. Doch läßt sich dies nicht für die Verneinung der gestellten Frage verwerten. Einmal wollte man gerade hier eine Generalklausel schaffen, damit nur ja keine Lücke hinsichtlich der Uebertragbarkeit entstände. Außerdem werden wohl die Verfasser des BGB. an dieser Stelle der Gestaltungsrechte hauptsächlich deshalb nicht gedacht haben, weil sie auch noch, wenn auch nicht überall dem weiteren Anspruchsbegriff Windscheids huldigten. Dahin, die Uebertragbarkeit des sog. Gestaltungsrechts zu bejahen, geht auch die herrschende Meinung; vgl. Oertmann 1 zu § 413, Seckel a. a. O. S. 220, Planck-Siber 1 b zu § 413, Warneyer zu § 413, Bergk, Uebertragbarkeit und Pfändbarkeit künftiger Rechte, S. 33, Kreß, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, S. 534. Als Gegner finden sich nur diejenigen, welche überhaupt keine Gestaltungs„rechte" anerkennen wollen. Das Ergebnis ist demnach: die Gestaltungsrechte genannten Erscheinungen sind grundsätzlich übertragbar. Gleichzeitig gewinnen wir das Resultat: es gibt eine Kategorie, die das Gesetz Rechte nennt, die auch die sog. Gestaltungsrechte mitumfaßt. Denn: § 413 sagt: „Rechte sind übertragbar." Daraus ist zu schließen, was übertragen werden kann, muß ein Recht sein (wenn auch nicht das Umgekehrte gilt: Jedes Recht ist übertragbar). Denn nirgends sagt das Gesetz von irgend einem anderen Ding, daß es übertragbar sei (§ 398 handelt auch

---

Begriff des subjektiven Rechts gehöre. Abgesehen von dem fehlenden Beweis für letzteres ist es auch nicht richtig, daß dem Rücktrittsrecht ein Objekt fehle (jedenfalls auch nicht mehr als bei einem Geldanspruch). Für die Uebertragbarkeit dieser objektiven Rechtsverhältnisse fehlt ihm dann ein allgemeiner Satz im Gesetz, er muß daher die einzelnen Spezies seines neuen Begriffs darauf prüfen, wobei er meist zur Unübertragbarkeit gelangt, ganz einleuchtend, weil er die Uebertragbarkeit beweisen muß, während es für uns bei den einzelnen Gestaltungsrechten nachher genügen wird, daß wir die Unübertragbarkeit nicht erweisen können, um die Uebertragbarkeit anzunehmen.

von Rechten). Ein Gegner dieser Art zu schließen, ist Fr. Leonhard[19]). Er meint, daraus, daß etwas übertragbar sei, könne man nicht folgern, daß es ein Recht sei. Denn die Uebertragbarkeit zukünftiger Rechte sei fast allgemein anerkannt. Dieser Satz trifft jedoch aus zwei Gründen nicht den Kern der Sache. 1. Wenn man spricht von Uebertragung eines Rechts schlechthin und von Uebertragung eines zukünftigen Rechts, so muß man bedenken, daß der Terminus Uebertragung zweierlei bedeutet: einmal die Herbeiführung einer gewissen Aenderung in der konkreten Rechtswelt durch Vornahme eines darauf gerichteten Rechtsgeschäfts. Dies ist der gewöhnliche Sinn, von dem wir daher auch oben (S. 20) ausgegangen sind. In einem zweiten Sinne kann aber „Uebertragung" auch nur dies Rechtsgeschäft ohne Rücksicht auf seinen Erfolg bedeuten. In diesem Sinne ist es gemeint, wenn man von Uebertragung zukünftiger Rechte spricht (ebenso wie etwa, wenn man von einer nichtigen Uebertragung spricht). Das Problem: können zukünftige Rechte übertragen werden? ist eigentlich schlecht formuliert. Genauer müßte es heißen: kann ein rechtsgeschäftlicher Tatbestand stückweise in zeitlichen Abständen zwischen den einzelnen Stücken verwirklicht werden, insbesondere so, daß zunächst die zum Tatbestande des (wirkenden) Rechtsgeschäfts gehörigen Willenserklärungen, das Rechtsgeschäft im engeren Sinn, vollzogen werden und die übrigen Voraussetzungen der Wirkung des Rechtsgeschäfts erst später eintreten? (Das gleiche Problem, wie wir ihm z. B. auch bei der Frage der antizipierten Einigung begegnen.) Dies Problem erhebt sich in gleicher Weise wie bei schon existierenden Rechten dann, wenn sie dem Zedenten noch nicht zustehen. Wenn der Gesetzgeber in den §§ 398—413 von Uebertragung spricht, insbesondere die Uebertragung für möglich erklärt, so meint er zweifellos den Terminus Uebertragung in ersterem Sinne; dies wird schon dadurch bewiesen, daß bisher noch niemand versucht hat, die sog. Uebertragbarkeit zukünftiger Rechte aus § 398

19) Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 10, S. 145; vgl. dagegen wieder RG. 111, S. 47.

abzuleiten, vielmehr diesen Bestrebungen meist § 185 zu Grunde gelegt wird. 2. Die sog. Uebertragung zukünftiger Rechte kann jedermann gleichmäßig vornehmen. Es ist bei ihm noch keine bevorzugte Sonder-Rechtsposition vorhanden, die er durch die Uebertragung verliert. Von solchen Fällen unterscheiden sich jedoch die sog. Gestaltungsrechte deutlich dadurch, daß in diesen Fällen schon bei dem, der als Zedent in Frage kommt, etwas vorhanden ist, was er verlieren, somit auch übertragen kann, nämlich die Möglichkeit, durch eine Willenserklärung ein bestimmtes Recht zu erwerben, welche Möglichkeit nur gerade ihm und niemand anders zusteht[20]). Das aus der Vornahme der Gestaltung gewinnbare Recht kann allerdings, ganz abgesehen davon, ob das Gestaltungsrecht übertragbar ist oder nicht, als zukünftiges Recht übertragen werden, aber mit einem sehr erheblichen Unterschiede in der Wirkung. Der Zessionar kann sich dies Recht dann nicht selbst verschaffen, sondern muß abwarten, ob er es dadurch erwirbt, daß der Zedent es sich verschafft. Unterstützend spricht für unser Ergebnis, daß die Gestaltungsrechte wirklich Recht im positiven Sinne sind, auch der Umstand, daß das BGB. viele einzelne Gestaltungsrechte als Rechte bezeichnet (vgl. z. B. §§ 355, 497, 505). Wir können somit jetzt die oben[21]) gelassene Lücke ausfüllen. Es bleibt bei der gefundenen Definition, Recht im Sinne des BGB. ist jede konkrete bevorzugte Sonderrechtsposition. Ein weiteres gattungsverengerndes Merkmal kommt nicht hinzu, denn ein solches läßt sich nicht finden, das nicht bewirkte, daß eine Erscheinung aus dem Begriff des subjektiven Rechts herausfiele, die nach dem Gesagten darunter gehört[22]). Allerdings ist noch

20) Das Wesen der sog. Uebertragung zukünftiger Rechte als Antizipation des Rechtsgeschäfts im engeren Sinn wird vielfach nicht erkannt, vgl. z. B. die Schrift von Bergk a. a. O. S. 75 ff., 98 ff., der die Gründe gegen die Möglichkeit einer Uebertragung im Sinne der Antizipation und im Sinne der Uebertragung von etwas Gegenwärtigem wahllos durcheinander vorbringt.

21) S. 7.

22) So kann man nicht z. B. mit Henle a. a. O. S. 95, Anm. 13 das Merkmal aufstellen, daß dem subjektiven Recht eine Pflicht entsprechen müsse.

eine Ausnahme in ganz anderer als der bisher untersuchten Richtung zu machen. Es ist noch das Merkmal der Selbständigkeit in die Definition des Rechts mit aufzunehmen. Es gibt viele Rechte, die Mischtypen hinsichtlich der Art der Berechtigung, die sie gewähren, sind. Z. B. enthält die Hypothek Gestaltungsbefugnisse und herrschaftsrechtliche Befugnisse, das Pfandrecht an beweglichen Sachen außerdem noch ein Dürfen. Ebenso das Jagdrecht. Der aufrechenbare Anspruch enthält zugleich eine Anspruchsbefugnis in sachlichem Sinne und eine Gestaltungsbefugnis. Diese kann man, da der Begriff der Gestaltungsrechte aus einer Einteilung nach dem Inhalt der Berechtigung erwachsen ist, nicht als Gestaltungsrechte, sondern nur als Mischrechte bezeichnen. Diese Erscheinungen sind als Ganzes keine Gestaltungsrechte, weshalb das Merkmal der Ausschließlichkeit des Inhalts in die Definition des Gestaltungsrechts aufzunehmen ist. Sie sind in dieser Arbeit nicht näher zu behandeln, da es sich um Typen handelt, bei denen, wenn sie auch Gestaltungsbefugnisse enthalten, die Eigenart unseres Themas weniger hervortritt, da sie auf Grund der sonst noch in ihnen enthaltenen Elemente ja auch dann übertragbar sein könnten, wenn reine Gestaltungsrechte unübertragbar wären. Bei ihnen ist die Uebertragbarkeit meist unangezweifelt, bei manchen, z. B. dem Jagdrecht, (landes-)gesetzlich besonders geregelt. Immerhin steht bei manchen, z. B. der Hypothek, die Gestaltungsbefugnis doch so im Vordergrunde, daß sich auch hieraus ein Argument für die Uebertragbarkeit der Gestaltungsrechte ergibt. Andererseits sind diese Erscheinungen, soweit sie den gleichen Inhalt haben wie ein Gestaltungsrecht, nur unselbständiger Teil eines Rechts, Einzelbefugnis, aber kein Recht. Die Uebertragung einer Gestaltungsbefugnis ist nicht Uebertragung eines Gestaltungsrechts; wir werden sie aber wegen ihrer nahen Verwandtschaft mit dieser mitbehandeln (vgl. unten § 4). Es erscheint geboten, weiter nach einer noch wieder ganz anderen Richtung hin zu untersuchen, ob sich nicht auch hier noch ein neues Merkmal des Begriffs „subjektives Recht“ ergibt. Es fragt sich nämlich, ob der Zweck, aus dem heraus das Institut des subjektiven Rechts

geschaffen ist, in den Begriff desselben gehört. Ist es erforderlich, damit ein subjektives Recht vorliegt, daß die Rechtsposition, wie wir sie beschrieben haben, auch noch die Eigenschaft aufweist, daß sie für ihren Inhaber einen Wert darstellt, daß sie für die Befriedigung eines Bedürfnisses von ihm (oder Interesses, um auf die bekannte Iheringsche Definition hinzuweisen) dienlich ist? Das ist zu verneinen[23]). Als Beweis ist anzuführen, daß auch die Definition des Unterbegriffs des subjektiven Rechts, des Anspruchs, in § 194 BGB. dies Merkmal nicht enthält. Allerdings könnte man vielleicht zweifeln, ob hier nicht zu lesen ist: „Das Recht, das den Inhalt hat, ein Tun oder Unterlassen verlangen zu können...", so daß weitere Merkmale der Rechtsposition Anspruch damit erfordert wären, daß die allgemeinen Merkmale des subjektiven Rechts vorliegen müßten. Tatsächlich ist aber wohl die Sache so gemeint, daß die Merkmale der in Rede stehenden Rechtsposition erschöpfend damit beschrieben werden sollten, daß erforderlich sei, „ein Tun oder Unterlassen verlangen zu können", und dann von dieser Rechtsposition bemerkt wird, daß sie ein Recht sei. Man pflegt überall da, wo das Gesetz sagt, daß etwas verlangt werden kann (z. B. in § 847 oder § 985 BGB.), ohne weiteres anzunehmen, daß ein Anspruch gegeben ist. Ganz eindeutig spricht ferner für unsere Meinung, daß das Interessenmoment nicht zum Begriff des subjektiven Rechts gehöre, § 226 BGB. Nach ihm besteht das Recht auch dann noch, wenn es nur noch dazu dienlich ist, einem anderen zu schaden. Nur die Ausübung ist gehindert. Sollte man aber sagen wollen, ein unausübbares Recht ist überhaupt kein Recht mehr, so bleibt doch der Schluß: Wenn das Recht nur dadurch wegfällt, daß es nur noch dazu dienlich ist, einem anderen zu schaden, kann es noch nicht damit wegfallen, daß es nicht mehr dienlich ist, die Interessen der Berechtigten zu fördern.

Das Moment „vorteilhaft" in unserer Definition soll nichts im Sinne des soeben abgelehnten Merkmals besagen.

23) Anderer Auffassung ist z. B. noch heute Jellinek, Verwaltungsrecht S. 191/92.

Es betont, daß bei den konkreten Rechtsbeziehungen, die es systematisch einzuteilen gilt, sich jeweils Begünstigter und Betroffener unterscheiden lassen und unter den Begriff „subjektives Recht" nur die Rechtsposition des Begünstigten fällt. Die darunter fallenden Typen, insbesondere, daß jemand darf, kann, daß zu Gunsten jemandes gesollt wird, werden um dieses Inhalts willen als vorteilhaft gedacht, ohne daß es darauf ankommt, was gesollt, gekonnt wird.

Ein Beispiel für solche Rechte, die dem Inhaber nicht einen Wert verleihen sollen, formale Rechte, wie man sie nennen kann, bietet die Vollmacht[24]). Man kann nicht etwa sagen, diese diene auch dem Interesse des Vertreters, insofern er ein solches daran nimmt, in fremden Angelegenheiten tätig sein zu können. Denn nicht zur Befriedigung eines solchen Interesses ist das Institut der Vollmacht geschaffen, sondern zur Ermöglichung der Befriedigung des Interesses des Vollmachtgebers daran, daß ein anderer für ihn tätig sein könne. Die Anerkennung solcher formalen Rechte durch die Rechtsordnung macht das Institut des subjektiven Rechts eben noch zu einem weiteren Zwecke brauchbar als zu dem, für welchen es in erster Linie geschaffen ist, nämlich einer Rechtsperson einen Wert zu verleihen. Diese unterschiedliche Struktur dieser Rechte von der sonstiger Rechte führt dazu, daß der für Rechte allgemein ausgesprochene Grundsatz der Uebertragbarkeit hier nicht paßt. Das Interesse des Berechtigten, das vielleicht auch hier eine Uebertragung als dienlich empfinden könnte, ist unmaßgeblich. Die allein ausschlaggebenden Interessen des Vollmachtgebers stehen einer solchen Uebertragung im allgemeinen entgegen, da er nicht irgendeinen, sondern nur den, welchen er sich als vertrauenswürdig ausgesucht hat, mit der Wahrnehmung seiner Interessen betrauen will. Der allgemeine Grundsatz des § 413 ermöglicht es uns aber, auch hier wenigstens ausnahmsweise eine Uebertragbarkeit anzuerkennen, ohne die gesetzliche Zulassung für die Verfügung zu vermissen.

---

24) Ob die Vollmacht ein Recht ist, ist allerdings bestritten; die Literatur zu dieser Frage ist unten S. 112 angeführt.

Die besondere Zweckbestimmung der formalen Rechte spiegelt sich auch in ihrem Inhalt wieder. Es werden nur Wirkungen in fremder Rechtssphäre hervorgerufen (abgesehen von der Konsumtion des Rechts). Eine ähnliche Eigenart zeigt sich bei gewissen anderen Kannrechten: Es tritt zwar eine Wirkung in der Rechtssphäre des Berechtigten ein, aber lediglich Verlustwirkung (Beispiel: Das Recht zur Anfechtung des Eigentumserwerbs oder der Annahme des Schenkungsversprechens etwa wegen Drohung). Eine solche Rechtsposition ist ein Recht, weil dafür der Typus „Können" genügt ohne Rücksicht darauf, was gekonnt wird. Ein solches Recht ist, weil ihm im allgemeinen ein Tauschwert fehlt, ein durchaus ungeeigneter Verkehrsgegenstand. Solche Rechte sind daher wohl keine Vermögensrechte [25]). Sie dienen einem immateriellen Interesse. Denn sie sind vom Standpunkt dessen, der tunlichst darauf bedacht ist, sein Vermögen zu mehren, wertlos oder gar nachteilig. Allerdings sind keineswegs alle Rechte, die einem immateriellen Interessé dienen, unübertragbar. Das gleiche Interesse kann auch bei anderen vorliegen. Die grundsätzliche Zulassung der Uebertragung gestattet es, solche Rechte auch als Vermögenswerte auszunutzen, solange nicht ein besonderes Verbot entgegensteht. Ein solches schon daraus zu entnehmen, daß entsprechende Interessen im allgemeinen nicht vorkommen, erscheint nicht unbedenklich. Für den Fall des Anfechtungsrechts — die Fälle nach Art der Vollmacht sind ja ohnehin unübertragbar und daher keine Vermögensrechte — ergibt sich aber doch ein Schluß auf Unübertragbarkeit, weil hier hinzukommt, daß dies Recht unmittelbar auf Grund des Gesetzes entsteht. Damit bekundet das Gesetz seinen Willen, daß ein Interesse gerade bei dem Berechtigten befriedigt werden solle. Handelt es sich um ein Vermögensinteresse, kann dies auch durch Veräußerung des gewährten Rechts erfolgen, indem ja diese entgeltlich geschehen kann. Bei einem immateriellen Interesse ist nicht ersichtlich, wie dies durch Uebertragung sollte befriedigt werden können, und

25) Vgl. über diesen Begriff v. Tuhr a. a. O. I S. 313 ff.

die Uebertragbarkeit daher als zweckwidrig für ausgeschlossen zu erachten. Zur Feststellung, ob wir die Merkmale des subjektiven Rechts vollständig beisammen haben, ist endlich noch folgendes zu erwägen. Eine besondere Schwierigkeit der Abgrenzung von Recht und Nichtrecht liegt, wie besonders Leonhard aufgezeigt hat[26]), vor bei Rechten, die nur eine Inaussichtstellung, kein Mittel zu ihrer Verwirklichung geben. Solche fallen auch unter unseren Rechtsbegriff. Ihre Ausscheidung aus den bloßen Tatbestandsmerkmalen (für Entstehung von Rechten) ergibt von den Merkmalen unserer Rechtsdefinition das Merkmal Rechtsposition. Eine Rechtsposition ist Rechtswirkung. Das Tatbestandsmerkmal ist noch keine, denn die Rechtsordnung sagt von ihm nichts weiter, als daß es, falls noch andere Tatbestandsmerkmale vorliegen sollten, eine Rechtswirkung herbeiführen würde. Für die Rechtswirkung ist charakteristisch, daß sie unabhängig von ihrem Entstehungstatbestand fortbesteht, solange bis ein vom Gesetz vorgesehener Endigungstatbestand eintritt. Dieser Unterschied wird in den Fällen verwischt, in denen das Gesetz einen Dauertatbestand verlangt. Die Folge ist, daß in entsprechenden Fällen der Charakter als subjektives Recht problematisch wird. Beispiel: Der Besitz. Zwischen den bloßen Inaussichtstellungen einerseits und den Kann-, Darf- und Sollenspositionen andererseits besteht nun der wesentliche Unterschied, daß das Gesetz diese ohne weiteres als Rechtswirkungen und somit als Rechte ansieht, was bei jenen, falls überhaupt, nur auf einem künstlichen Umwege zu Stande kommt. Nämlich dadurch, daß auf sie die gleichen Vorschriften zur Anwendung gelangen, wie auf die sonstigen Rechte, wobei es die Anerkennung als Recht besonders fördert, wenn eine solche Vorschrift ausdrücklich Rechte als Tatbestand verlangt[27]). Was berechtigt uns nun aber, die Kannrechte zu den sonstigen Rechten zu stellen und nicht zu den bloßen Inaussichtstellun-

26) Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie 10, S. 140 ff.

27) Daher ist der Weg, den Enneccerus I 1 § 185, 1 geht, um festzustellen, ob der bedingt Berechtigte ein Recht hat, der richtige.

gen? Bisher haben wir den Rechtscharakter der Kannrechte ja auch nur auf dem Wege nachgewiesen, der für die bloßen Inaussichtstellungen zu gehen ist. Damit ist aber zunächst nur nachgewiesen, daß es überhaupt Kannrechte gibt. Es gilt aber noch, die Behauptung zu rechtfertigen, daß ein Recht schon deshalb anzunehmen ist, weil ein Können vorliegt. Da, wo jemand laut einer gesetzlichen Vorschrift „kann", ist durchweg leicht zu erkennen, daß das Gesetz eine Rechtswirkung und damit ein Recht will. Das Können wird entweder ausdrücklich als Rechtsfolge hingestellt (Beispiel: § 119 BGB); oder es wird als Recht bezeichnet (Beispiel: §§ 353, 497, 504 BGB.), oder sein Dauercharakter ergibt sich daraus, daß besondere Endigungstatbestände aufgestellt sind (Beispiel: §§ 146, 496 BGB.). Die unterschiedliche Behandlung von Können und bloßer Aussicht entspricht natürlicher (nicht rechtsbegrifflicher) Betrachtungsweise. Die Lage dessen, der „kann", erscheint als bei weitem gefestigter als die Lage dessen, der nur abwarten kann. Das Können erscheint als ein Inhalt an sich, als etwas Gegenwärtiges, während die bloße Inaussichtstellung ausschließlich auf Künftiges verweist. Die zahlreichen Beispiele, in denen auf Grund des § 413 und der Betrachtung als Rechtsfolge feststeht, daß das BGB. ein Recht als vorliegend ansieht, gestatten den Schluß, daß sich das BGB. diese natürliche Betrachtungsweise im allgemeinen zu eigen gemacht hat und daher ein Recht schon deshalb als vorliegend ansieht, weil ein „Können" (zuzüglich natürlich der sonstigen betrachteten Merkmale) gegeben ist.

In dem soeben Gesagten liegt m. E. der berechtigte Kern der Definition des Rechts als „Macht" (vgl. z. B. Enneccerus I 1 § 65). Der Charakter als Macht ist ein der realen Anschauung entspringender, wegen seiner Unbestimmtheit für eine juristische Definition ungeeigneter Begriff; die damit bezielte Eigenschaft gewisser Beziehungen ist ein Grund, warum das Gesetz subjektive Rechte annimmt, aber kein Begriffsmerkmal des subjektiven Rechts, so daß man an ihm ersehen könnte, ob ein solches vorliegt oder nicht.

Wir wissen hiermit nicht nur, daß das BGB. Gestaltungs-

„rechte" kennt, sondern auch, daß in einem Können im Zweifel ein solches zu sehen ist, falls nicht besondere Anhaltspunkte vorliegen, daß das Gesetz nur ein Tatbestandsmerkmal vorsehen wollte.

Am ähnlichsten ist unsere somit endgültig gefundene Definition des subjektiven Rechts der von Walsmann (Der Verzicht, S. 48) aufgestellten: subjektives Recht ist die von der Rechtsordnung verliehene ausschließliche Befugnis. Diese Aehnlichkeit ist sehr erklärlich, da Walsmann ebenfalls die Ansicht vertritt, daß der Begriff des subjektiven Rechts aus der positiven Rechtsordnung abzuleiten sei (a. a. O. S. 47). Eine Auseinandersetzung im einzelnen mit den vielen sonst aufgestellten Begriffen des subjektiven Rechts erübrigt sich, da sie in der Regel den rechtsphilosophischen Begriff darstellen bzw. darstellen wollen; denn sie werden nicht aus positiven Gesetzesbestimmungen heraus begründet.

Damit haben wir weiter das Resultat, die Gestaltungsrechte genannten Erscheinungen sind wirklich Rechte. Hinsichtlich des Begriffs „Gestaltungsrecht" besteht aber noch weiter Streit, nämlich darüber, worin das genaue Merkmal besteht, durch das sich das Gestaltungsrecht von den sonstigen subjektiven Rechten unterscheidet. Das oben (S. 7) eingeschlagene Verfahren, nur eine ungefähre Unterscheidung zu treffen, muß jetzt durch eine genaue Abgrenzung ergänzt werden. Manche Ansichten laufen mehr auf das negative Moment hinaus: Gestaltungsrechte sind alle Rechte, die weder Ansprüche noch Herrschaftsrechte sind[28]). Die herrschende Meinung stellt auf ein positives Moment ab: die Rechtsmacht, durch eigene Handlung eine Veränderung in der konkreten Rechtswelt hervorrufen zu können. Als solche Handlung kann man dann noch entweder eine Willenserklärung verlangen[29]) oder aber auch eine rein tatsächliche

28) Hierauf kommt letzten Endes die allerdings positiv formulierte von Enneccerus (a. a. O. I, 1 § 66 I 3) hinaus.

29) So Seckel a. a. O. S. 210, v. Tuhr a. a. O. I, S. 162, Remé, Die Gestaltungsrechte im Privatversicherungsrecht S. 13, Oertmann D 1 vor § 194 (aber in Widerspruch

Handlung genügen lassen. Die erstere weite Auffassung des Begriffs Gestaltungsrecht, in deren Ausführung Enneccerus (a. a. O. I 1 § 66 I 3) lehrt, daß auch ein Recht darauf, daß ohne irgendeine Willensmitwirkung des Berechtigten Rechtsänderungen zu dessen Gunsten eintreten, zu den Gestaltungsrechten gehöre, z. B. das Eigentumserwerbsrecht des Finders, ist abzulehnen. Das Gestaltungsrecht unterscheidet sich von den anderen subjektiven Rechten, wie oben (S. 10 ff.) ausgeführt, durch die Art, wie der Genuß in Aussicht gestellt wird. Hinsichtlich dieser Art besteht aber zwischen dem Fall, daß der Berechtigte dem Genuß näher kommt durch seine Handlung oder ohne irgend welche Tätigkeit seinerseits, ein sehr erheblicher Unterschied. Der letztere Fall fällt in der systematischen Einteilung, aus der heraus der Begriff Gestaltungsrecht allein verständlich ist, unter die oben aufgeführte Hauptgruppe 2. Ein derartiger Unterschied — dort Gewährung eines Mittels, hier bloße Aussicht — berechtigt sicherlich zur Aufstellung verschiedener Gruppen innerhalb des subjektiven Rechts, wo doch auch der Unterschied in der Art der Inaussichtstellung: Anspruch im sachlichen Sinne — Gestaltungsrecht, dazu führt. Was die zweite Frage anbetrifft, so liegt allerdings ja auch ein gewisser Unterschied in der Art des Mittels vor, doch überwiegt hier das gegenüber den anderen Mitteln Gemeinsame (Hervorrufen einer Rechtsänderung durch einseitiges Handeln des Berechtigten), so daß es zweckmäßig — auch hier handelt es sich ja schließlich nur um eine terminologische Frage — erscheint, beide Arten unter den Begriff Gestaltungsrecht fallen zu lassen, zumal sie dessen Wortlaut nach sehr wohl darunter fallen können. Denn der Ausdruck gestalten weist nur darauf hin, daß durch einseitiges Handeln Aenderungen hervorgerufen werden, sagt aber nichts Weiteres über die Art des Handelns. Innerhalb der Gestaltungsrechte ergibt sich dann daraus allerdings entsprechend der üblichen Einteilung

---

dazu, daß er gleich darauf die Aneignungsrechte zu den Gestaltungsrechten zählt, auch soweit es sich um Aneignung durch Tathandlung handelt); dieser wohl herrsch. Meinung widerspricht z. B. Raape Jher. Jahrb. 72, S. 299 ff.

der juristischen Handlungen die Unterscheidung in rechtsgeschäftliche Gestaltungsrechte und Realgestaltungsrechte. Gestaltungsrecht ist somit die konkrete, bevorzugte, selbständige Sonder-Rechtsposition eines Rechtssubjekts (= das Recht) des ausschließlichen Inhalts, durch einseitiges Handeln in der konkreten Rechtswelt Veränderungen hervorrufen zu können.

§ 3.

Weiter ist die Frage zu behandeln, ob es außer der bisher betrachteten Art der Uebertragung noch eine zweite besondere Form der Uebertragung gibt, die man der ersten als der materiellen wohl als formelle Uebertragung gegenübergestellt hat. Dies Problem ist kein den Gestaltungsrechten eigentümliches. Es findet sich ebenso bei der Uebertragung von Ansprüchen. Es ist wohl von dem anderen später zu behandelnden Problem zu unterscheiden, ob einzelne der verschiedenen in einem Recht enthaltenen Befugnisse für sich allein übertragen werden können. Man denkt hier besonders an die mit dem Forderungsrecht in der Regel verbundene Klagbefugnis und hat derartiges als Uebertragung mit qualitativer Teilung bezeichnet. Deren Zulässigkeit wird durchaus überwiegend verneint, z. B. von Planck-Siber § 398 1 bβ. Bei dem zunächst zu behandelnden Problem handelt es sich dagegen um die Frage, ob eine Uebertragung des Gesamtrechts in einem gewissen Sinne möglich ist. Bei vielen Ansprüchen und Gestaltungsrechten ist es nämlich so, daß die Person des Rechtssubjekts gleichzeitig auch zu den Merkmalen gehört, die den Inhalt des Rechts bestimmen [30]). Der A kann verlangen, daß die Kuh an ihn, den A, übereignet wird. Die regelmäßige Form der Uebertragung hat zur Folge, daß nicht nur in der Person des Rechtsträgers, sondern auch zugleich in den korrespondierenden Merkmalen des Inhalts eine Veränderung eintritt. Nunmehr kann der Zessionar B verlangen, daß an ihn, den B, übereignet wird. Es entsteht

30) Dies ist wenigstens der Gedankengang Planck-Sibers (1 zu § 399).

nun die Frage, ob in solchem Falle auch eine Uebertragung dahin möglich ist, daß nur die Rechtsträgerschaft wechselt, ohne daß zugleich der Rechtsinhalt geändert wird. Eine derartige Uebertragung ist eine solche im formellen Sinne, weil dann nicht der materielle Wert, nämlich die Aussicht auf die Kuh, übertragen wird, sondern nur das Mittel zur Verwirklichung dieser Aussicht, das einen Wert nur haben kann um dieser Aussicht willen, welche eben dann auch nach der Zession für den Zedenten, nicht für den Zessionar besteht. Planck-Siber (1 zu § 399) hält eine solche Uebertragung in formellem Sinne für zulässig, da § 399 nicht entgegenstehe. Letzteres, nicht ersteres ist richtig. § 399 trifft diesen Fall überhaupt nicht. Denn er spricht davon, daß „die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen könne", setzt also, soweit solches überhaupt möglich ist, als selbstverständlich voraus, daß infolge der Zession die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger erfolgt, was hier nicht der Fall ist. Daraus ergibt sich, daß die §§ 398 ff. an den Fall der formellen Uebertragung gar nicht denken. Die Uebertragung setzt voraus, daß lediglich ein Wechsel im Subjekt des Rechts, keine Inhaltsänderung des Rechts eintritt. Unrichtig wäre, zu sagen: gerade die formelle Uebertragung erfüllt dies Erfordernis besonders gut. Zunächst hatte A die Macht, die Kuh von X nach A zu bringen, jetzt hat B die Macht, die Kuh von X nach A zu bringen. Dagegen tritt gerade bei der materiellen Uebertragung doch eine gewisse (wie oben schon näher ausgeführt) Veränderung ein. Denn das Gesetz sieht eben, wie § 399 zeigt, den Umstand, daß an den Zessionar statt an den Zedenten geleistet werden muß, nicht als eine Inhaltsänderung des Rechtes an. Daraus ist zu schließen, daß im Sinne des Gesetzes zum Inhalt des Rechts nur gehört: Leistung an den jeweiligen Rechtsträger, nicht: an die konkrete Person des augenblicklichen Rechtsträgers A. Daraus folgt aber umgekehrt, daß es eine Inhaltsänderung des Rechts ist, wenn nicht mehr an den jeweiligen Rechtsträger zu leisten ist, mag auch nach wie vor an dieselbe konkrete Person zu leisten sein. Damit

fehlt für ein derartiges Geschäft die erforderliche — denn es handelt sich um eine Verfügung — gesetzliche Zulassung. Vor allem trifft weiter auf eine derartige Uebertragung der allgemeine Grundgedanke, dem das Rechtsinstitut der Uebertragbarkeit dient, nicht zu: Ermöglichung einer zweiten Art der Verwertung des in einem Recht verliehenen Wertes. Der Zessionar hat nicht etwa den Wert, die Leistung an einen Dritten zu verlangen, übertragen. Denn dieser Wert ist, wie auch § 399 wieder bestätigt, ein anderer als der, der damit gegeben ist, daß einem selbst geleistet werden soll (vgl. oben S. 15). Andererseits ersehen wir, daß es sich bei diesem Problem wirklich um eine Uebertragung des Gesamtrechts handelt, nicht etwa der Zedent doch noch ein gewisses Recht zurückbehält, daraus, daß die Lage des Zedenten nach der Zession nicht anders ist wie die Lage des Dritten beim sog. ermächtigenden Vertrag zu Gunsten Dritter, von dem das Gesetz in § 328 deutlich zu erkennen gibt, daß es sie nicht als Recht ansieht. Oertmann (2b zu § 398) meint, es sei nicht ersichtlich, warum die gleiche Situation wie beim Vertrage zu Gunsten Dritter nicht auch durch Abtretung solle hergestellt werden können. Es ist aber die Zulassung eines Rechtsgeschäfts noch nicht damit bewiesen, daß einer solchen vielleicht keine ernsthaften Bedenken entgegengestanden hätten. Mit den Zwecken, die das Gesetz bei der Zulassung der Zession verfolgte, haben die, denen die formelle Uebertragung dienen soll, wie ausgeführt, gar nichts zu tun. Der Vertrag zu Gunsten Dritter hat den sehr einleuchtenden Zweck, einen Wert statt zunächst von B nach A und dann von A nach X, direkt von B nach X zu bringen. Die Schaffung eines formell gleichen Resultats durch Abtretung hat einen solchen Sinn jedenfalls nicht, denn der Wert wird ja X nicht näher gebracht, sondern eher noch ferner gerückt. Es lassen sich auch sonst keine schutzwürdigen Interessen finden, denen die formelle Uebertragung dienen könnte. In Betracht kommen außer direkten Schiebungszwecken (Erschleichung des Armenrechts, künstliche Schaffung von Zeugen und dergl.) solche, für die eigentlich andere Institute da sind: Vollmacht, Pfandrecht, Ver-

gleichsverfahren, Konkurs. Aber einmal wird die formelle Uebertragung solchen Zwecken gar nicht gerecht. Z. B. kann der Zessionar nun statt in Vollmacht des Zedenten im eigenen Namen den Prozeß führen. Aber um die Leistung in Empfang zu nehmen, muß doch wieder, wenn der Zedent selbst verhindert ist, ein Bevollmächtigter da sein. Denn die Leistung soll ja ebenso wie vor der Uebertragung an diesen erfolgen. Ebenso gibt die formelle Uebertragung keine Sicherheit wie beim Pfandrecht oder einer in Händen des Konkursverwalters befindlichen Masse, da der Schuldner ja noch immer an den Zedenten leisten kann, ja sogar muß. Außerdem muß man sagen: Wenn an dem eigentlich für solche Zwecke bestimmten Institut eine Einzelheit den Parteien nicht paßt, ist es einfach eine Gesetzesumgehung, wenn die Parteien durch die formelle Uebertragung darum herumzukommen suchen, die gewiß keine Unterstützung verdient und für die man solche aus dem Gesetz durchaus nicht herauslesen darf. Denen, die die formelle Uebertragung für geeignet halten, Zwecke wie die angeführten zu erfüllen, schwebt wohl im Grunde ein Institut vor, wie Löbl es im Arch. f. ziv. Prax. 129, S. 257 ff., schildert. Das ist aber ganz etwas anderes als formelle Uebertragung (näheres hierüber s. unten § 4). Der Hauptzweck aller dieser Rechtsfiguren, formelle Uebertragung, Uebertragung mit qualitativer Teilung, Spaltung des Forderungsrechts (nach Löbl)[31]) ist der, eine fiduziarische Uebertragung vornehmen zu können, ohne daß der Fiduziar das Recht veräußern kann. Das ist, wenn überhaupt, auf viel einfacherem Wege erreichbar, indem man nämlich § 399 auch auf die Vereinbarung mit dem Zedenten (statt mit dem Schuldner) ausdehnt, wozu man ja bereits auf halbem Wege ist, wenn man dem Zedenten im Konkurse des Fiduziars ein Aussonderungsrecht gibt. Damit haben wir (gegen Beseler, Arch. ziv. Prax. 110, S. 114) abgelehnt die Möglichkeit, das Recht gegen einen Maler, von ihm gemalt zu werden, abzutreten mit der Wirkung, daß der

31) Zum Teil bringt man diese Erscheinungen auch noch mit der unten zu behandelnden Ermächtigung durcheinander.

Zessionar Malen des Zedenten und Uebereignung des Gemäldes an diesen verlangen könnte. Ob eine Abtretung dahin möglich ist, daß der Zessionar Malen des Zedenten und Uebereignung des Gemäldes an sich verlangen kann, ist eine nicht hierhergehörige spezielle Frage des Werkvertrages.

§ 4.

Wir kommen weiter zu dem bereits erwähnten Problem der Uebertragbarkeit der Einzelbefugnis. Als solche Einzelbefugnisse kommen in Frage z. B.: Veräußerungsbefugnis, Aufrechnungsbefugnis, beim Eigentum die Befugnis zur Einwirkung auf die Sache. Es entsteht zunächst das Problem: Sind diese Einzelbefugnisse auch wirklich Inhalt des Hauptrechts, oder sind sie besondere Rechte, also in Wahrheit keine Befugnisse, die nur in besonders engen Beziehungen zu dem Hauptrecht (oder: einem anderen Recht) stehen, und wenn letzteres, welcher Art ist diese Beziehung? Bei näherer Betrachtung ergeben sich verschiedene Gruppen zwischen diesen Befugnissen. Eine ergibt sich daraus, daß ein Recht verschiedene Arten der inhaltlich möglichen Berechtigungsarten enthalten kann. Diese echten Befugnisse unterscheiden sich, wie oben (S. 28) dargelegt, von den Rechten nicht durch den eigentlichen Inhalt der Vorzugsstellung, sondern durch die Art ihrer Verkoppelung mit anderen Vorzugsstellungen, also hinsichtlich des Merkmals der Selbständigkeit. Die Befugnisse sind äußerlich dadurch zu einem Recht zusammengeschlossen, daß sie in mehr oder weniger weitgehendem Umfange gemeinsame Schicksale hinsichtlich Entstehung, Untergang, Uebergang haben, innerlich dadurch, daß sie denselben Wert in Aussicht stellen. Die Frage nach der selbständigen Uebertragbarkeit einer einzelnen dieser verschiedenartigen Befugnisse, nach der sog. qualitativen Teilbarkeit, ist zu unterscheiden von der Frage der quantitativen Teilbarkeit. Es kann ein Recht mehrere gleichartige (was die Art der Wertinaussichtstellung betrifft) Befugnisse enthalten, die nur dadurch geschieden sind, daß mehrerlei Werte

in Aussicht gestellt sind, die also natürliche Werte verschiedener Art sind oder wenigstens wegen Teilbarkeit ohne Wertminderung des Gesamtwerts als solche gedacht werden können. So kann z. B. ein Anspruch auf 100 RM. in 5 Befugnisse, 20 RM. verlangen zu können, zerlegt gedacht werden und eine dieser Befugnisse selbständig übertragen werden. Die gleiche Erscheinung gibt es auch bei den Gestaltungsrechten. Z. B. kann von dem Gestaltungsrecht, 10 Rosenstöcke wegzunehmen, die Befugnis, 3 wegzunehmen, übertragen und dadurch zum selbständigen Recht gemacht werden. Dagegen ist die Einzelbefugnis nicht in der Art (qualitativ) übertragbar, daß nach der Zession dem Zedenten und dem Zessionar je eines der vorher beim Zedenten vereinigten Mittel, um zu demselben Wert zu gelangen, zusteht, oder derart, daß nach der Zession dem Zedenten nur noch eines der Mittel zusteht, während ihm vorher zwei zustanden, und dem Zessionar das andere, aber als Mittel, nicht sich den Wert verschaffen zu können, sondern immer noch dem Zedenten. Wohl der wichtigste Fall, für den die Abtretung einer Einzelbefugnis in Frage kommt, ist der der sog. Inkassozession oder Abtretung der Klagbefugnis. Man vermißt durchweg eine klare Stellungnahme dazu, welche der beiden denkbaren Arten qualitativer Teilung gemeint ist. Kann der Inkassozessionar auf Uebereignung an *sich* oder an den *Zedenten* klagen? Nimmt man ersteres an, so muß man schon annehmen, daß ein Gesamtgläubigerverhältnis entstanden ist. Denn nur auf Geschuldetes kann Leistungsklage erhoben werden. Wie käme aber der Gläubiger dazu, dem Schuldner einseitig einen Gesamtgläubiger zu setzen?[32]) Nimmt man aber die zweite Möglichkeit an, so hat man schon alle Gründe gegen sich, die gegen die formelle Uebertragung überhaupt sprechen (s. oben § 3). Für die Zulässigkeit der Inkassozession hat sich neuestens besonders *Löbl*[33]) eingesetzt. Die logische Möglichkeit einer solchen kann ihm zugegeben werden, dagegen nicht die positive gesetzliche

32) Dagegen auch *Kreß*, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts S. 494.

33) Arch. ziv. Prax. 129, S. 257 ff.

Zulassung. Um diese darzutun, beruft er sich vor allem darauf [34]), daß die herrschende Meinung die Abtretung des Eigentumsanspruchs zulasse. Unterstellt man diese als richtig, so beweist sie doch nichts für Löbls Meinung. Denn die Uebertragung des Eigentumsanspruchs wird von der herrschenden Meinung dahin aufgefaßt, daß er nach der Veräußerung ein vollwertiges Recht in jeder Beziehung darstellt, insbesondere also Gegenstand einer Weiterveräußerung oder eines Verzichts sein kann. Er wird aus einer bloßen Befugnis zu einem Recht. Löbl will so etwas gar nicht. Sein Inkassozessionar kann über seine Rechtsposition nicht verfügen, insbesondere sie nicht veräußern [35]), sondern sie lediglich durchsetzen. Die Forderung soll im Verhältnis zum Schuldner dem Zessionar, im Verhältnis zu allen übrigen Rechtspersonen dem Zedenten zustehen. Es soll also nur ein Recht vorhanden sein, während nach Zession des Eigentumsanspruchs, wie sie die herrschende Meinung [36]) kennt, zwei Rechte vorhanden sind. An diesem Punkte wird klar, daß Löbls Inkassozession überhaupt keine Zession einer Einzelbefugnis ist, sondern ein Eintritt einer zweiten Rechtsperson in die Rechtssubjektstellung unter Aufteilung der Befugnisse unter den nunmehrigen Rechtsgemeinschaftern. Für eine derartige Erscheinung fehlt überhaupt jedes Vorbild im Gesetz. Gerade bei der Verfügungsmöglichkeit zeigt sich besonders auch das Problematische der (echten) Uebertragung einer Einzelbefugnis. Wie ist es, wenn der neue Berechtigte auf sein Recht verzichtet? Soll dann die Befugnis wieder an den Zedenten fallen? Solche Elastizität ist typisch beim Recht an fremder Sache bzw. am fremden Recht (vgl. Enneccerus a. a. O. II 1, § 120, 1), für die zweifellos der numerus clausus gilt. Also würde wohl eine Naturalobligation übrig bleiben. Wie aber, wenn der Zedent verzichtet? Dann bekämen wir einen ganz neuen Typus: das Klagenkönnen auf Leistung, neben dem kein Sollen mehr steht. Wie soll es dann mit dem Verzug gehalten werden?

34) a. a. O. S. 305.
35) a. a. O. S. 300.
36) Vgl. Oertmann, Arch. ziv. Prax. 113, S. 51 ff.

Ist für die nunmehr erfolgende Leistung überhaupt noch eine causa da? Kann noch von einem Verschulden die Rede sein? Dies zeigt deutlich, daß diese Uebertragungsform nicht in unser System gehört. Auf die Abtretbarkeit des Eigentumsanspruchs kann man sich auch bei dieser Anschauung des Problems nicht berufen. Denn sie ist m. E., abgesehen von den Fällen, wo sie zu einer Belastung führt und zu diesem Zweck besonders zugelassen ist, eine unbewiesene Behauptung [37]). Von praktischer Bedeutung dürfte sie sein vor allem für den Mieter, und gerade hier würde sie dazu dienen, dem Mieter etwas zu geben, was ihm das Gesetz nicht geben will, nämlich ein Recht gegenüber Dritten. Sie führt auch zu offenbar unsinnigen Ergebnissen. Z. B. der Besitzer beerbt den Eigentümer, der zediert hat, dann müßte der Eigentümer die Sache an den Zessionar herausgeben. Dann aber ist der zedierte Anspruch erloschen, der Tatbestand des § 985 BGB. verwirklicht, und der Zessionar müßte die Sache alsbald wieder zurückgeben. Ueberhaupt müßte er sie immer herausgeben, sobald er sie erlangt und kein Mietverhältnis oder dergl. besteht. Er wäre nach Beendigung eines solchen schon um den Anspruch meist grundlos bereichert, und die ganze Sache hätte, wenn nicht ein solches Innenverhältnis vorliegt, ebenso wenig einen schutzwürdigen Zweck wie die qualitative Teilung überhaupt, für die in dieser Hinsicht Gleiches gilt wie für die formelle Uebertragung. Daß die Interessen loyal sind, die mit solchem Geschäft verfolgt werden [38]), beweist noch nicht, daß sie im Sinne des Gesetzes als schutzwürdig erscheinen. Löbl [39]) bringt für die Zulassung weiter vor: Wenn man eine solche vermisse, übertrage man in unzulässiger Weise sachenrechtliche Grundsätze auf Forderungen. Bei der Inkassozession liege keine konstitutive Rechtsnachfolge und keine Verfügung, somit keine Zulassungsbedürftigkeit vor. Das erstere trifft bei seiner Auffassung von der Inkassozession zu, unrichtig aber ist, daß deshalb keine Zulassung erforderlich sei. Diese

37) So auch Enneccerus a. a. O. II 1 § 84 VI.
38) Löbl, a. a. O. S. 267.
39) a. a. O. S. 304.

ist für jedes Rechtsgeschäft nötig, nur gibt es für Verpflichtungen eine sehr allgemeine Zulassung[40]). Daß die Inkassozession Verpflichtung sei, kann wohl nicht behauptet werden. Die Behauptung, daß keine Verfügung vorliege, ist danach belanglos, beruht aber außerdem auf einer willkürlich engen, von der herrschenden Meinung abweichenden Definition des Begriffs Verfügung. Löbl will endlich einen tiefgehenden Unterschied zwischen Sachenrecht und Forderung feststellen. Beim obligatorischen Recht falle zum Unterschiede vom dinglichen die Ausschlußwirkung der Rechtszuständigkeit, die die Verpflichtung jedes Dritten begründe, sich nicht als Rechtsträger zu gerieren, nicht mit den den Rechtsinhalt bildenden Pflichten zusammen[41]). Dagegen fielen beim dinglichen Recht Verletzung des Inhaltes desselben und Anmaßung seiner Zuständigkeit zusammen[42]). Dieser Unterschied besteht allerdings, aber es ist nicht ersichtlich, wie er über das Erfordernis der Zulassung hinweghelfen könnte. Während beim Forderungsrecht nur eine Vorzugsstellung als ein Können besteht, was die Verfügungsmöglichkeit betrifft, ist in dieser Beziehung beim absoluten Recht auf Grund von § 823 Abs. 1 auch noch ein ausschließliches Dürfen (= Unterlassensollen aller anderen) vorhanden. Die Spaltung, wie Löbl sie für das Forderungsrecht als dessen Besonderheit vertritt, wäre beim dinglichen Recht tatsächlich ebenso denkbar. Nur daß der „Zedent" hier nicht nur verfügungsberechtigt bliebe, sondern ihm auch die Ersatzansprüche wegen unberechtigter Verfügung zufielen. Dieser dingliche Schutz gegen solche Verfügungen könnte auch ganz fehlen, ohne daß der Charakter als absolutes Recht (gegenüber tatsächlichen Eingriffen) hinfällig würde. Somit ist mangels gesetzlicher Zulassung die umstrittene Möglichkeit der Zession der Klagebefugnis insbesondere und die Uebertragbarkeit einer Einzelbefugnis im allgemeinen, die eben kein Recht ist, abzulehnen. Daher kann aus den Gestaltungsbefugnisse enthaltenden Mischrechten

40) Vgl. Henle, Lehrbuch S. 44/45.
41) Löbl, a. a. O. S. 297.
42) a. a. O. S. 295.

nicht eine Gestaltungsbefugnis ausgeschieden und beim Zessionar zum Gestaltungsrecht werden. Weiter gibt es eine Gruppe von als Einzelbefugnisse in Frage kommenden Erscheinungen, die uns, weil sie durchweg Gestaltungsmöglichkeiten zum Inhalt haben, besonders interessieren. Sie würden sich von den vorher behandelten Erscheinungen, sofern sie überhaupt Befugnisse sein sollten, nicht etwa Rechte sind, was noch zu prüfen ist, dadurch unterscheiden, daß sie mit den anderen Befugnissen, mit denen sie verkoppelt sind, nicht gleichgeordnet dastehen, sondern sich auf ihnen als Grundbefugnissen aufbauen. Erstens habe ich die Befugnis, von X die Uebertragung der Kuh zu verlangen. Zweitens, weil ich die erstere Befugnis habe, habe ich die weiteren Befugnisse, über erstere Befugnis zu verfügen durch Veräußerung, Verzicht oder Vornahme inhaltlicher Veränderungen. Wenn wir die Art der Abhängigkeit von Grund- und Aufbaubefugnissen näher untersuchen, finden wir zunächst für einen Spezialfall eine direkte Regelung im Gesetz, wobei sich zugleich die Antwort auf die Frage nach der Uebertragbarkeit dieser Erscheinungen ergibt. Gemäß § 137 BGB. ist eine Uebertragung der Veräußerungsbefugnis[43]) unmöglich. Man kann dagegen nicht einwenden, die Befugnis zur Veräußerung werde gar nicht ausgeschlossen oder beschränkt, da sie ja noch vorhanden sei, nur einem anderen zustehe. Denn als Zweck der Gesetzesbestimmung ergeben die Motive (Bd. III S. 77), sie solle verhindern, daß jemand durch Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit der Veräußerungsbefugnis sich künstlich unpfändbar mache, da ja grundsätzlich nur ein veräußerliches Recht pfändbar ist. Diese Unpfändbarkeit würde aber auch herbeigeführt werden, wenn einem Dritten das Veräußerungsrecht zustände, da für den, bei

---

43) § 137 spricht ungenau von Befugnis zur Verfügung, wie wenn es keine andere Verfügung gebe wie die Veräußerung; daß nur die Verfügung in Gestalt der Veräußerung gemeint ist, folgt aus dem gleich im Text anzuführenden, sich aus den Motiven ergebenden Zweck der Vorschrift. Auch wäre sonst nicht ersichtlich, warum nur gerade bei veräußerlichen Rechten diese Schranke bestehen soll.

dem gepfändet werden soll, das Recht dann unveräußerlich ist. Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf die anderen Aufbaubefugnisse verbietet sich wegen deren Spezialzweck. Aber auch ein argumentum e contrario dahin, daß mangels einer solchen Ausschlußbestimmung also die übrigen Aufbaubefugnisse übertragbar seien, ist nicht gerechtfertigt, da wohl in erster Linie durch diese Vorschrift nicht die Veräußerung, sondern der Verzicht hinsichtlich der Veräußerungsbefugnis getroffen werden sollte. Es wäre vielmehr auch ohne das Bestehen dieser Vorschrift anzunehmen, daß die Veräußerungsbefugnis unübertragbar ist aus den gleichen Gründen, aus denen sich dies für die übrigen Aufbaubefugnisse ergibt. Wenn wir zunächst einmal unterstellen, daß die Aufbaubefugnisse selbständige Rechte seien, so finden wir: der Tatbestand, auf Grund dessen einem solche Rechte zustehen, ist nicht der Erwerb des Grundrechts, sondern das Haben des Grundrechts. Zwar, solange das Grundrecht bei demselben Inhaber bleibt, läßt sich hier ein Unterschied nicht machen, denn es sind dann immer beide Tatbestände verwirklicht. Doch zeigt sich dies beim Verlust des Grundrechts. Wäre der Erwerb des Grundrechts Tatbestand des Erwerbes des Aufbaurechts, so könnte dies bei Wegfall des Grundrechts ruhig bestehen bleiben. Es geht aber unter, weil es eben das Grundrecht begrifflich voraussetzt. Ferner gehen die Verfügungsbefugnisse hinsichtlich des Grundrechts bei jedem Uebergang desselben mit über. Nicht etwa kraft vermuteten Parteiwillens, denn dann müßten wir irgend eine Auslegungsvorschrift dahin haben[44]). Es bleibt vielmehr nur der Schluß übrig, daß die Aufbaurechte an das Haben des Grundrechts geknüpft sind, also sog. Zustandsrechte im Sinne Walsmanns[45]) sein würden, falls sie überhaupt Rechte sind, was wir vorläufig noch immer unterstellen. Daß der, welcher ein Recht nur als Inhaber eines anderen Rechts hat,

---

44) So wird z. B. auch in § 185 A. 2, Fall 2 als selbstverständlich davon ausgegangen, daß mit dem Erwerb des Grundrechts auch die Verfügungsbefugnisse erworben werden.

45) Verzicht, S. 77 ff.; Walsmann, a. a. O. S. 76 will allerdings diese Erscheinungen als Befugnisse behandeln.

es einem anderen nicht ohne diese innehabung verschaffen kann, folgt aus dem Satz: nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet. Zu demselben Ergebnis kommen wir, wenn wir wieder auf den Gedanken des Wertes zurückgehen. Dadurch, daß das Gesetz dem Grundberechtigten die Befugnis verleiht, das Grundrecht zu veräußern, es zu belasten oder sonst darüber zu verfügen, will es ihm sicher keinen zweiten Wert zuwenden, sondern nur eine vielseitigere Ausnutzung desselben Wertes ermöglichen. Dies ist ja gerade der Grundgedanke der Lehre von der Uebertragbarkeit. Wollte man aber doch hier zwei Werte annehmen, so daß nach der Veräußerung z. B. bei einem Anspruch das Recht dem Zedenten insofern zustände, als er den Anspruch einklagen könnte, dem Zessionar dagegen insofern, als er ihn auf einen anderen übertragen könnte, so gäbe dies wieder eine Art Gesamtberechtigung, die und deren Schaffung im BGB. nicht vorgesehen ist. Daß eine Sonderveräußerung der Aufbaurechte nicht im Sinne unserer Rechtsordnung liegt, sehen wir auch daran, daß für die Ausübung eines solchen Rechts, wenn es gesondert übertragen wäre, oft die nötige Form gar nicht erfüllbar wäre. Wenn z. B. jemandem das Recht übertragen wäre, auf das Eigentum an einer beweglichen Sache zu verzichten, so könnte er das gar nicht, weil er den Besitz der Sache nicht hat, um ihn aufgeben zu können, und eine Möglichkeit, ihn zu bekommen, im Gesetz auch nicht vorgesehen ist. Es wäre aber kein innerer Grund vorhanden, warum gerade bei den Aufbaurechten, bei denen die Ausübung an eine solche Form gebunden ist, eine Art der Uebertragung, die an sich anerkannt ist, nicht möglich sein sollte. Das Resultat ist also: die Aufbaubefugnisse sind unübertragbar. Wegen dieser engen Beziehungen zu der Grundberechtigung ist man versucht, beide als Befugnisse, die zusammen ein Recht bilden, aufzufassen. Aber ich meine, man muß Thon (Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 327 f.) Recht geben, wenn er sagt: Das, auf Grund dessen ich etwas übertrage, kann nicht das sein, was ich übertrage[46]). Unsere

46) Abzulehnen ist es allerdings, wenn Thon (a. a. O. S. 336) die Verfügungsbefugnis mit der Fähigkeit, Eigentum zu

oben gemachte Unterstellung entspricht also der wahren Sachlage. Die Veräußerungs- usw. Befugnisse sind zwar Rechte, aber eben Zustandsrechte, also nicht selbständig übertragbare Rechte.

§ 5.

Von der grundsätzlichen Uebertragbarkeit der Gestaltungsrechte gibt es Ausnahmen, von denen wir einzelne schon erwähnt haben (vgl. oben S. 30, 45 ff.). Diese Ausnahmen können jedoch nur bei Betrachtung der einzelnen Gestaltungsrechte festgestellt werden, da sie sich nicht aus der Natur der Gestaltungsrechte als solcher, sondern aus der besonderen Natur einzelner Gestaltungsrechte ergeben. Nur ein Grund der Unübertragbarkeit ist wegen seiner umfassenden Bedeutung schon hier zu behandeln. Gemäß §§ 413, 399 wird jedes Gestaltungsrecht unübertragbar, wenn der Gestaltungsberechtigte dies mit dem in der Rechtsgegenstellung Befindlichen v e r e i n b a r t. Diese Möglichkeit besteht nur bei den Gestaltungsrechten nicht, bei denen ein bestimmter Rechtsgegner nicht vorhanden ist (Beispiel: das Aneignungsrecht des § 928 Abs. 2). Diese Unübertragbarkeit auf Grund des § 399 unterscheidet ssich von anderen Fällen der Unübertragbarkeit dadurch, daß man diese Rechte statt als unübertragbar auch als unter erschwerten Voraussetzungen übertragbar bezeichnen kann im Gegensatz zu denen, die unter keinen Umständen übertragbar sind (z. B. das Scheidungsrecht). Besondere Voraussetzung ist die Zustimmung des Rechtsgegners für den einzelnen Fall der Uebertragung oder allgemein für die Zukunft[47]). Welche von beiden Bezeichnungen man anwenden will, ist eine terminologische Frage. In § 399 spricht das Gesetz von Unübertragbarkeit, während für andere Verfügungen oft der Gedankengang ist: nicht, daß diese Verfügung nicht möglich ist, sondern der: daß sie

---

erwerben, auf eine Stufe stellen will. Er übersieht hier das Merkmal der Sonderstellung im Begriff des subjektiven Rechts.

47) In letzterem Falle neigt man aber schon wieder mehr dazu zu sagen, das Recht sei übertragbar.

möglich ist, aber nur mit Zustimmung eines anderen, z. B. in § 876 BGB. oder bei der Schuldübernahme. Wir können, um den Unterschied beider Arten von Unübertragbarkeit hervorzuheben, zwischen absoluter und relativer Unübertragbarkeit unterscheiden (mit der Frage nach der absoluten oder relativen Unwirksamkeit der Uebertragung ohne Zustimmung hat dies nichts zu tun) [48]).

§ 6.

Wir kommen nunmehr zur Betrachtung der einzelnen Gestaltungsrechte. Um nicht jedes einzelne aus der sehr großen Zahl der Gestaltungsrechte behandeln zu müssen und Wiederholungen zu vermeiden, empfiehlt sich die Bildung von Gruppen. Wir teilen ein in: 1. rechtsgeschäftliche, 2. Realgestaltungsrechte (siehe oben S. 36), jede dieser Gruppen wieder in a) materielle, b) formale Gestaltungsrechte (siehe oben S. 30), endlich Gruppe 1 a noch wieder in α) selbständige Gestaltungsrechte, β) sogenannte unselbständige Gestaltungsrechte, γ) zweifellos unselbständige Gestaltungsrechte. Diese letzteren Gruppen werden gebildet durch die Gleichheit der Gedankengänge, die wir in der Literatur finden, um die Uebertragbarkeit bzw. Unübertragbarkeit der einzelnen Rechte zu begründen. In diesen nimmt das Merkmal der Selbständigkeit bzw. Unselbständigkeit eine hervorragende Stellung ein (vgl. v. Tuhr I, S. 225 ff., Oertman 1 g α zu § 399).

§ 7.

Wir kommen zunächst zu einer Gruppe von Rechten, die sich nicht als bloßes Anhängsel einer anderen Rechtsposition desselben Rechtssubjekts auffassen lassen, weil eine zweite Rechtsposition, zu welcher solche Beziehungen in Frage kämen, neben ihnen in der Regel nicht vorkommt. Die

48) Der parallele Gedanke für die Forderungen entspricht herrschender Meinung; vgl. Warneyer III zu § 399.

Eigenschaft einer Rechtsposition als unselbständiges Anhängsel einer anderen ist, wie sich zeigen wird, geeignet, den Grundsatz der Uebertragbarkeit der Gestaltungsrechte einzuschränken. Da ein solches Hindernis der Uebertragung bei diesen Rechten fehlt, hat sich die Anschauung, daß sie übertragbar seien, bei ihnen in viel weitgehenderem Maße durchgesetzt als bei den Rechten, bei denen es bestand, zumal sich hier auch eine direkte Gesetzesvorschrift, die von Uebertragbarkeit spricht, findet: § 514 BGB. Das einzige Recht dieser Gruppe, bei dem eine solche Rechtsposition doch vorkommen kann, das Wiederkaufsrecht, hat, da es als Spezialfall des Kaufs, was auch zwei andere Rechte dieser Gruppe sind, doch mit diesen anderen Rechten zusammengehörig erschien, diese Entwicklung mitgemacht. Zum Teil beruht, daß man die Uebertragbarkeit für zulässig erklärte, allerdings vielleicht auch darauf, daß man diese Erscheinungen noch nicht als Gestaltungsrechte, sondern unter anderen Gesichtspunkten konstruierte. Demgemäß wird bei dieser Gruppe von Rechten unsere Hauptaufgabe sein, nachzuweisen, daß es sich überhaupt um Rechte und weiter gerade um Gestaltungsrechte handelt, während es weniger schwierig erscheint, zu der Frage ihrer Uebertragbarkeit Stellung zu nehmen, da wir uns mit unserer Antwort: grundsätzliche Uebertragbarkeit, entsprechend der allgemeinen Regel, aber gewisse einschränkende Voraussetzungen, im Rahmen der herrschenden Meinung bewegen. Zu dieser Gruppe gehören: 1. das Recht aus der Offerte, 2. eine Anzahl von Erscheinungen, die das BGB. als Spezialerscheinungen des Kaufs behandelt (§ 495 ff., Recht aus dem Kauf auf Probe, Recht zum Wiederkauf, Recht zum Vorkauf), die aber in ähnlicher Weise auch bei anderen Verträgen vorkommen können, und mit ihnen im Zusammenhang stehend eine Erscheinung von allgemeiner Bedeutung: das Recht aus dem sog. wollensbedingten Geschäfte.

Das Recht aus der Offerte hat namentlich Andreä in einer Spezialdarstellung behandelt: „Das Recht des Antragsempfängers“ (s. insbesondere S. 55, 57, 58). Er kommt zu folgenden Ergebnissen: die Gestaltungsrechte sind subjektive

Rechte. Die Möglichkeit zur Annahme der Offerte ist, da ein Gestaltungsrecht, ein subjektives Recht. Gemäß § 413 sind Rechte grundsätzlich übertragbar, also auch das Recht aus der Offerte. Es ergeben sich jedoch aus analoger Anwendung der §§ 399, 415 gewisse Einschränkungen. Diesem Resultat ist im wesentlichen zuzustimmen. Eine stichhaltige Begründung, weshalb die Gestaltungsrechte unter die Rechte des § 413 fallen, vermißt man allerdings bei ihm. Er führt nur an, daß dieser Begriff weiter als der Begriff Forderung sein muß. Dies kann nicht genügen, da der Begriff Forderung ja auch erweitert wird, wenn die Urheberrechte usw. noch dazukommen. Ferner kann auch seine Beweisführung, daß die Gestaltungsrechte subjektive Rechte seien, nicht befriedigen. Nachdem wir aber diese Lücken im allgemeinen Teil beseitigt haben, ist diese Art zu schließen auch die für uns gegebene. Gegen die Ansicht, daß aus der Offerte dem Empfänger ein Gestaltungsrecht erwachse, haben vereinzelte Angriffe stattgefunden, so namentlich von Pfeiffer[49]). Von seinen Gründen beruht jedoch der erste: nehme man ein Recht aus der Offerte an, so müßte man auch die Befugnis des Geschäftsfähigen, Verträge abzuschließen, als Gestaltungsrecht ansehen, auf Nichtberücksichtigung des Merkmals der Sonderstellung im Begriff des subjektiven Rechts. Der zweite geht dahin: zum Begriff des subjektiven Rechts gehöre es, daß es von der Rechtsordnung gewährt werde, die Annahmemöglichkeit folge dagegen aus dem Begriff der Offerte ohne weiteres. Letzteres ist richtig, jedoch ist nicht ersichtlich, inwiefern es einen Gegensatz zu Ersterem ergeben soll. Die herrschende Meinung nimmt ein subjektives Recht an, z. B. RGR.Komm. 2 zu § 145, v. Tuhr a. a. O. I S. 162 und II 1 S. 468, Oertmann IIIa zu § 145, wo fernere Anhänger der herrschenden Meinung und einige Gegner, die aber ihre Auffassung nicht näher begründen, aufgeführt sind; zu letzteren ist auch noch Warneyer I zu § 145 und I zu § 399 zu nennen. Der herrschenden Meinung ist auch das Reichsgericht, wenn auch noch

---

49) L. Z. 1912 S. 374.

nicht ganz vorbehaltlos, beigetreten (RG. 111, S. 47) im Gegensatz zu seiner früheren Auffassung (vgl. Gruchot Beitr. 53, S. 835). Für uns ergibt sich damit, daß der Antragsempfänger allein (im Gegensatz zu anderen Rechtspersonen) den Vertrag durch seine Erklärung zustande bringen kann und so Werte für sich erwerben kann, eine unserer Definition des Gestaltungsrechts entsprechende Rechtsposition. Bei der Frage, ob hinsichtlich der Uebertragbarkeit, für deren Bejahung das allgemeine Prinzip spricht, aus der besonderen Natur gerade dieses Gestaltungsrechts Gründe für deren Verneinung sprechen, kommt in Frage, 1. daß der Ertragsempfänger in manchen Fällen auf Grund der Annahme nicht berechtigt werden würde, sondern nur Rechte aus seiner Rechtssphäre verlieren würde; dann ist das Recht aus der Offerte als formales Recht unübertragbar.

2. Wie Andreä (a. a. O. S. 58—73) richtig zeigt, daß der Inhalt dieses Gestaltungsrechts bestimmt wird durch den Inhalt sich aus seiner Ausübung ergebender, insofern sekundärer Rechte (ganz ähnlich wie beim Forderungsrecht aus dem Vorvertrag auf den Abschluß des Hauptvertrages). Der Inhalt eines Rechts vermag nämlich nach § 399, der auf die Gestaltungsrechte anwendbar ist gemäß § 413, im Interesse dessen, der sich in der entsprechenden Rechtsgegenstellung befindet, eine Ausnahme von der aus seiner Eigenschaft als Forderungsrecht bzw. Gestaltungsrecht sich grundsätzlich ergebenden Uebertragbarkeit zu begründen. Als übertragsfeindlicher Inhalt des sekundären Rechts (und damit des primären) kommen folgende Erscheinungen in Frage: a) des sekundäre Rechtsverhältnis kann dem Gestaltungsberechtigten ein Recht geben, dessen Inhalt wesentlich individualisiert wird durch die Person des Inhabers derart, daß dieses Recht, wenn schon entstanden, gemäß § 399 nicht übertragbar wäre. Dann ist es auch das Gestaltungsrecht, welches das sekundäre Recht erst erzeugt.

b) Das sekundäre Rechtsverhältnis kann dem Gestaltungsgegner ein Recht geben, das wesentlich individualisiert wird durch die Person des Verpflichteten, z. B. laut gesetz-

licher Auslegungsregel (§ 613 S. 1) das Recht auf Dienstleistungen.

c) Der unter b aufgestellte Satz führt noch zu einer besonders wichtigen Ausprägung desselben. Es ist nämlich jede Schuld wesentlich individualisiert durch die Person des Schuldners, weil erhebliche Unterschiede in der Leistungsfähigkeit und -willigkeit bestehen können, welche Anschauung auch die des Gesetzes ist, wie § 415 zeigt. Andreä (a. a. O. S. 67 ff.) nimmt daher analoge Anwendung des § 415 an, das Recht aus der Offerte sei übertragbar mit Einwilligung des Offerenten. Dieser Satz geht in seiner Bedeutung erheblich weiter als die Sätze unter a) und b); denn er betrifft nicht nur dieses oder jenes Recht aus einer Offerte, sondern eine ungeheuer große Gruppe von Rechten aus einer Offerte und macht die Sätze unter a) und b) daher in weitem Umfange bedeutungslos. Im Ergebnis ist Andreä zuzustimmen, aber nicht in der Begründung aus § 415. Mit Absicht ist dieser Satz als Folgerung aus § 399 aufgeführt. Dies hat einen wichtigen praktischen Unterschied zur Folge. Die Einwilligung gemäß § 399 begründet eine ganz allgemeine Eigenschaft der Rechtsposition. Ihr Inhaber kann jederzeit jedermann in dieselbe eintreten lassen. Der Nachfolger in der Rechtsposition kann das Gleiche tun usw. Die Einwilligung gemäß § 415 kann immer nur für einen ganz konkreten Fall als Gestattung des Eintritts einer ganz bestimmten Person gegeben werden (wenigstens nach herrschender Meinung; vgl. Enneccerus I 2 § 308 I 2a). Die Nachfolger in der Rechtsposition können solches nicht. Für die Anwendung des § 399, nicht des § 415, spricht abgesehen davon, daß § 413 ersteren, nicht letzteren, für anwendbar erklärt, der Grund, daß nur die erstausgeführte Lagerung der Dinge diese Gestaltungsrechte wirklich verkehrsfähig zu machen vermag. Eine wichtige Bestätigung unserer Auffassung bietet auch § 514, der eine Einwilligung allgemein in die Uebertragbarkeit, nicht in die einzelne Uebertragung, vorsieht; wenn auch, wie unten näher auszuführen ist, das Vorkaufsrecht nur möglicherweise ein Recht aus der Offerte ist, so ist doch die für die vorliegende Frage maßgebliche

Interessenlage ganz die gleiche[50]). Nicht erforderlich ist diese Einwilligung des Offerenten, wenn es sich um eine Offerte zu einem Vertrag handelt, aus dem der Antragsempfänger (Gestaltungsberechtigte) nur berechtigt wird, und bei Offerten zu dinglichen Verträgen. Aus einem anderen Grunde will v. Tuhr (a. a. O. II 1, S. 468) das Recht aus der Offerte in den meisten Fällen für unübertragbar ansehen; der Offerent wolle sich nur der Entscheidung des Antragsempfängers unterwerfen. Soweit hiermit anderes als die soeben ausgeführten Gesichtspunkte gemeint ist, vermag ich nicht einzusehen, worauf man einen solchen Willen allgemein (d. h. wenn nicht besondere tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen) entnehmen will. Es handelt sich bei dieser zweiten Ausnahme von der Uebertragbarkeit um einen Fall der relativen Unübertragbarkeit (vgl. oben S. 49).

§ 8.

Hinsichtlich der zweiten Gruppe selbständiger Gestalstaltungsrechte ist auch bestritten, ob sie überhaupt Gestaltungsrechte sind. Das Gesetz erwähnt nur die Spezialfälle Recht aus dem Kauf auf Probe (§ 495), Wiederkaufsrecht (§ 497), Vorkaufsrecht (§ 504). Das Problem der Wollensbedingung, welches das Gesetz nicht direkt behandelt, ergibt den allgemeinen Fall dazu. Für die Konstruktion dieser Fälle sind namentlich folgende Theorien aufgestellt, die ihrem wesentlichen Inhalt nach für die Lösung aller dieser Fälle gleichmäßig in Frage kommen, mögen sie auch zu-

---

50) Auch wenn wir im allgemeinen § 399, nicht § 415 anwenden, dürfte doch für den Fall, daß ohne die erforderliche Zustimmung des Offerenten das Recht aus der Offerte übertragen wird, der Gedanke des § 415[3] maßgeblich sein. In gleicher Weise, wie dies unten (S. 78) für das Anfechtungsrecht näher auszuführen ist. Daß im § 399 solches nicht steht, erscheint unbedenklich, weil bei Forderungen derartiges nicht vorkommt u. § 413 eine in ihren Einzelheiten nicht weiter entwickelte Generalklausel ist.

nächst nur für den einen oder den anderen aufgestellt sein[51]).

1. Theorie des Vorvertrags auf Abschluß eines Kaufvertrags, auf Grund dessen das Gesetz die zum Zustandekommen des Hauptvertrags nötige zweite Erklärung ersetzt; so Dernburg für den Vorkauf (Das bürgerliche Recht Bd. II § 196 I—V).

2. Die Offertentheorie. Sie sagt, es liegt eine Offerte zu einem Kaufvertrage vor. Der noch fehlende einseitige Akt ist die Annahme der Offerte; so z. B. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I § 162, Nr. 3—4 für den Wieder- und Vorkauf, und neuerdings Henle a. a. O. S. 311 für das wollensbedingte Geschäft im allgemeinen.

3. Die Theorie des Gestaltungsrechts, die einheitlich für alle diese Fälle vor allem vertreten wird von Walsmann Iherings J. 54 S. 277 f. und für das Vorkaufs- und Wiederkaufsrecht von Planck-Siber 3 zu § 496, 3 zu § 503.

4. Die Bedingungstheorie, welche die Lösung der Konstruktionsaufgabe darin findet, daß sie einen bedingten Kauf bzw. für den allgemeinen Fall ein bedingtes Rechtsgeschäft annimmt, wie sie namentlich für alle diese Fälle vertritt Enneccerus a. a. O. I 1 § 181 IV 3 und I 2 § 338 II, § 340 I, ferner für einzelne Fälle RGR.Komm. 1 zu § 497, 1 zu 504, Planck-Siber 2 zu § 495.

5. Die Theorie des Einlösungsrechts. Sie wird vertreten für das Wieder- und Vorkaufsrecht von Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. III § 195 S. 500 f. und 506 f.; es handle sich um ein Einlösungsrecht, von dem das Gestaltungsrecht nur ein Ausfluß sei; es liege ein wesentlicher Unterschied gegenüber dem Rücktrittsrecht als einem bloßen Gestaltungsrecht vor: a) es handle sich um Schaffung, nicht Auflösung eines Schuldverhältnisses, b) es gebe dingliche Wieder- und Vorkaufsrechte, c) es bestehe schon mit dem Abschluß eine Verpflichtung, zu dulden, daß einem die Leistungspflicht aufgedrängt werde.

6. Die Theorie des einseitigen (durch das Versprechen der Gegenleistung) bedingten Vertrages, die für die Wollens-

51) Für die gleichmäßige Konstruktion aller dieser Fälle tritt besonders ein Walsmann Iherings J. 54, S. 273, 278.

bedingung im allgemeinen vertreten wird von Raape (Die Wollensbedingung, in Festgabe für v. Brünneck S. 91 ff.), der außerdem noch auf die andere von ihm nicht näher ausgeführte Möglichkeit einer Theorie des Offertvertrages verweist, für das Vorkaufs- und Wiederkaufsrecht dagegen diese beiden Theorien ablehnt und die Theorie des Gestaltungsrechts für richtig erklärt.

Bei der Konstruktion dieser Erscheinungen wird meist nicht genügend beachtet (am ehesten noch im RGR.Komm.), daß 2 verschiedene Dinge zu konstruieren sind, nämlich einmal die Rechtsposition dessen, der „wollen", vorkaufen usw. kann, zweitens der Tatbestand, auf Grund dessen diese Rechtsposition entsteht. Mit der ersten Frage befassen sich die Theorien des Gestaltungsrechts, des Einlösungsrechts sowie auch die Theorien zu 1 und 2. Dernburgs Theorie ist nur eine Umschreibung des zu seiner Zeit noch nicht so geläufigen Begriffs Gestaltungsrecht. Ein Anspruch im systematischen Sinne kommt zweifellos nicht in Frage, was für die drei Spezialfälle die gesetzlichen Bestimmungen ergeben[52]), für die Wollensbedingung im allgemeinen dagegen die Voraussetzungen der gestellten Konstruktionsaufgabe. Gierkes Theorie ist abzulehnen. Seine Argumente dafür, daß mehr als ein Gestaltungsrecht vorliege, sind nicht stichhaltig. Ob ein Recht Rechtsverhältnisse schafft oder aufhebt, ist ein Kriterium, das bei der auf formalen Gesichtspunkten beruhenden Einteilung des subjektiven Rechts, aus welcher der Begriff des Gestaltungsrechts entsprungen ist, nicht vorkommt. Daß das „Können" dem Wesen der Dinglichkeit nicht widerspricht, beweist die Hypothek. Daß es nicht ausreichender Inhalt für ein dingliches Recht ist, kann man nur sagen, wenn man Dinglichkeit und „Klagschutz gegen jedermann" gleichsetzt. Der Begriff „dingliches Recht" oder „Recht an der Sache" hat aber nach dem BGB. auch den Sinn (vgl. Raape, Iherings J. 74 S. 221 ff.): Wirksamkeit gegenüber dem jeweiligen Inhaber der Sache

52) Da dies schon oft ausgeführt ist — vgl. z. B. Planck-Siber, RGK. Kom. a. a. O. — erübrigt sich die Wiederholung von Einzelheiten.

bzw. dem jeweiligen Berechtigten an der Sache. Das dritte Argument Gierkes endlich bedeutet ein offensichtliches Verkennen der Rechtsposition des in der Rechtsgegenstellung zum Gestaltungsberechtigten Befindlichen. Gibt nicht auch die Bedingungstheorie eine Konstruktion der Rechtsstellung aus dem Vorkauf usw.? Man spricht doch oft von bedingtem Recht. Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es eines Eingehens auf das Verhältnis zwischen bedingtem Recht und Gestaltungsrecht. Die Gebiete dieser beiden Rechtsfiguren verhalten sich wie zwei sich überschneidende Kreise. Der Kreis des Gestaltungsrechtes ist erheblich größer. Das Gestaltungsrecht wird lediglich charakterisiert durch die Beschaffenheit der Rechtsposition des Berechtigten gegenüber dem Rechtsgegner, nämlich die Möglichkeit des Berechtigten, durch seine Handlung, sei es eine Willenserklärung oder eine tatsächliche Handlung (Realakt), eine Veränderung in der konkreten Rechtswelt hervorzurufen. Das bedingte Recht wird zunächst ebenfalls charakterisiert durch die Art der Rechtsposition, die hier darin besteht, daß der Berechtigte Aussicht hat auf eine Aenderung der konkreten Rechtswelt ohne Rücksicht darauf, ob diese Aussicht eine erheblich stärkere ist, weil der Berechtigte durch eigne Handlung die Aenderung hervorrufen kann oder schwächer, weil ihre Verwirklichung für ihn einen Zufall darstellt (Potestativbedingung — kasuelle Bedingung). Wäre hiernach das bedingte Recht der weitere Begriff, so wird er ganz erheblich eingeschränkt dadurch, daß das bedingte Recht noch weiter charakterisiert wird durch den Tatbestand seiner Entstehung. Bedingte Rechte entstehen nach unbestritten herrschender Meinung aus Rechtsgeschäften dadurch, daß in diese eine besondere Klausel aufgenommen wird, nach der die Wirkung des Rechtsgeschäfts von einem besonderen, durch die Willkür der Parteien des Rechtsgeschäfts geschaffenen Erfordernis abhängig gemacht wird (vgl. Henle a. a. O. S. 276). Wenn unmittelbar auf Grund gesetzlicher Vorschrift eine ihrer inhaltlichen Beschaffenheit nach gleichartige Rechtsposition entsteht, so sagt man, es liege keine eigentliche Bedingung, sondern eine bloße Rechtsbedingung vor. In

dem Falle nun, wo ein Rechtsgeschäft eine Potestativbedingung enthält, somit ein potestativ bedingtes Recht sich ergibt, liegt zugleich ein (Realakt-) Gestaltungsrecht vor. Denn alle Erfordernisse unserer Definition sind gegeben. In den uns in diesem Abschnitt interessierenden Fällen handelt es sich um rechtsgeschäftliche Gestaltungsrechte, was sich infolge Zutreffens unserer Definition ohne weiteres ergibt. Einer Widerlegung der sonst noch oben aufgezählten Theorien bedarf es hierfür nicht, da sie sich nur mit der Konstruktion jener zweiten von der uns interessierenden ersten ganz unabhängigen Frage nach dem Tatbestande der Entstehung dieser Gestaltungsrechte befassen. Dies gilt insbesondere auch für die Bedingungstheorie. So ist nicht zu fragen, ob nicht statt der Gestaltungstheorie vielmehr die Bedingungstheorie richtig sei, sondern ob auch sie richtig sei[53]). Nach verbreiteter Meinung (vgl. Walsmann, Iherings J. 54 S. 217, Raape, Wollensbedingung S. 74 f., Henle a. a. O. S. 311) widerspricht die aufschiebende Bedingung der Willenserklärung — diese ist mit dem „Wollen" gemeint — einer Vertragspartei dem Wesen der Willenserklärung und daher des Vertrages. Folgt man dieser Lehre, so ist das Kondominium im Grenzgebiet zwischen bedingtem und Gestaltungsrecht wesentlich kleiner. Denn die Rechte zu Gestaltungen durch Willenserklärungen können mit dem aufschiebend bedingten Recht dann nicht mehr als ein und dasselbe Ding vorkommen. Die Deckung der Kreise bleibt unberührt hinsichtlich der Realgestaltungsrechte. Die Deckung kann ebenso auch weiter bestehen für die Gestaltungsrechte auf Auflösung[54]) der Rechtswirkung eines Rechtsgeschäfts, sofern die Möglichkeit zur Auflösung

53) So sprechen auch die Argumente bei Enneccerus, a. a. O. I 2, § 339 I d höchstens gegen eine Theorie, die annimmt, daß nicht ein bedingter Vertrag vorliegt, dagegen nicht gegen die Gestaltungsrechtstheorie.

54) Henle, a. a. O. S. 314 meint allerdings, man dürfe den Rücktrittsvorbehalt nur mit der negativen, nicht mit der auflösenden Bedingung in Parallele setzen. Aber diese Auffassung ist trotz Anerkennung der Henle'schen Theorie über die Wirkung der aufschiebenden bzw. auflösenden Bedingung

des Rechtsgeschäfts durch einseitige Willenserklärung einer Partei in dem Vertrag vorgesehen ist. Diese letztgenannten Fälle bilden eine überzeugende Bestätigung unserer vorgenommenen Zerlegung des Problems[55]); es sind die des vertraglichen Rücktrittsrechts. Das Gesetz betrachtet dies nicht unter dem Gesichtspunkt der Bedingung und daher auch nicht des bedingten Rechts, sondern einfach als Rücktrittsrecht, das nach heute durchaus herrschender Meinung eben ein Gestaltungsrecht ist. Das Gesetz ist dazu, wie uns jetzt ohne weiteres einleuchtet, gezwungen, sobald es vertragliches und gesetzliches Rücktrittsrecht zusammenschließt, indem es für das Rücktritsrecht sowohl die Entstehung auf Grund eines Vertrages wie unmittelbar auf Grund gesetzlicher Vorschrift kennt, da damit die für das bedingte Recht wesentliche Eigenart des Entstehungstatbestandes nicht mehr hervortreten kann[56]). Lehnt

bei obligatorischen Verträgen (Henle, S. 291) abzulehnen. Henle begründet seine Ansicht damit: Ein der Mißbilligung ausgesetzter Kaufvertrag könne die Erfüllung sehr wohl hinausschieben, bis die Mißbilligung ausgeschlossen ist. In solchem Fall ist allerdings der Eintritt der Vertragswirkung abhängig von einer negativen Bedingung, nämlich der der Nichtmißbilligung. Aber diese ergibt keinen Fall der Rücktrittsmöglichkeit. Der Fall des Rücktrittsvorbehalts ist nur gegeben, wenn die Wirkung des Rechtsgeschäfts von der positiven Bedingung der Mißbilligung abhängig ist (man kann nicht sagen, daß sie dann doch auch zugleich von der negativen Tatsache der Nichtmißbilligung abhängig ist; denn dann gäbe es überhaupt keine positiven auflösenden Bedingungen). Die Bedingung der Mißbilligung ist als aufschiebende unmöglich; denn wie kann eine Erklärung des Sinnes, daß man die Vertragswirkungen nicht wolle, durch ihr Wirken als Willenserklärung das Eintreten der Vertragswirkungen hervorrufen? Sollten die Parteien solches verabreden, würde es sich um ein Aufheben des üblichen Sinnes der Erklärungszeichen für den konkreten Fall handeln; die Worte „ich will den Vertrag nicht" haben dann für die Parteien eben den Sinn: „ich will den Vertrag".

55) Wie ungeklärt diese Zusammenhänge vielfach noch dastehen, zeigt sich z. B. bei Raape Iherings J. 72, S. 293 f.

56) Dies ist gegenüber Henle, a. a. O. S. 314 als der wahre Grund hervorzuheben, warum das Rücktrittsrecht im Gesetz von der Bedingung getrennt gehalten wird.

man dagegen nicht das wollensbedingte Geschäft als begrifflich (oder positiv-rechtlich) unmöglich ab, so ändert dies auch nichts daran, daß in unseren Fällen Gestaltungsrechte vorliegen. Nur ist dann das Grenzgebiet zwischen bedingtem Recht, genauer Recht aus dem bedingten Rechtsgeschäft, und Gestaltungsrecht so viel breiter. Aus diesen Erwägungen erhellt, daß man von bedingten Rechten auch noch in einem ganz anderen Sinne reden kann, nämlich zur Bezeichnung der einen systematischen Hauptgruppe subjektiver Rechte (vgl. oben S. 10), bei denen der Berechtigte nur eine Aussicht, kein Mittel zu ihrer Verwirklichung hat, für die sich eine allgemein übliche Bezeichnung bisher nicht gebildet hat. Man könnte hier von bedingten Rechten im sachlichen Sinne im Gegensatz zu denen im tatbestandlichen Sinne sprechen (oder von Anwartschaftsrechten). Diese enthalten dann nicht alle Rechte aus bedingten Rechtsgeschäften, nämlich nicht die aus potestativbedingten Rechtsgeschäften, andererseits viel mehr als nur die Rechte aus bedingten Rechtsgeschäften, nämlich auch Rechte aus nicht rechtsgeschäftlichen Tatbeständen. Solche Terminologie ist natürlich unpraktisch, weil entweder schwerfällig oder aber, wenn man nur von bedingten Rechten spricht, geeignet, Verwechselungen hervorzurufen. Ich komme auf sie nur, weil eben doch vielfach von bedingten Rechten einfach in diesem letzteren Sinne gesprochen wird [57]).

Zur Verteidigung dieser Auffassung vom Verhältnis zwischen Recht aus dem bedingten Rechtsgeschäft und Gestaltungsrecht haben wir uns mit einigen Sätzen Raapes auseinanderzusetzen. Raape (Wollensbedingung S. 111) meint, einen erheblichen Unterschied in der Struktur beider

---

57) Vgl. Oertmann 5d zu § 158; es ist m. E. aber unrichtig, wenn er meint: wenn ein Rechtsgeschäft neben einem bedingten auch unbedingte Rechtsverhältnisse entstehen lasse, sei es kein bedingtes Rechtsgeschäft mehr. Das Rechtsgeschäft nennen wir deshalb ein bedingtes, weil unter seinen Worten sich eine Bedingungsklausel befindet. Ob diese sich inhaltlich auf alle oder nur einzelne Wirkungen des Rechtsgeschäfts erstreckt, ist ein rein quantitativer Unterschied.

Gruppen von Rechten feststellen zu können, was ja unserer Auffassung, daß sie sich überschneiden, also keine Gegensätze sind, widerspricht.

1. Wenn ein Recht aus einem bedingten Rechtsgeschäft übertragen werde, erlange der Zessionar durch Eintritt der Bedingung nur die Rechte, die das bedingte Rechtsgeschäft vorsehe, aber nicht die Pflichten; diese entständen vielmehr in der Person des Zedenten. Wenn ein Gestaltungsrecht übertragen werde, erlange der Zessionar durch das Vorsichgehen der Gestaltung (die ja die Bedingungserfüllung ist, wenn man das Gestaltungsrecht als bedingtes Recht auffassen wollte), nicht nur die Rechte, sondern werde auch von den Pflichten getroffen. Letzteres entspricht ganz unserer Auffassung vom materiellen Gehalt des Gestaltungsrechts, wie sie unten bei Untersuchung der Rechtslage für das Anfechtungsrecht im einzelnen zu entwickeln sein wird. Wir begründen sie insbesondere damit, daß der Zedent nur den Wert „Möglichkeit des Rechtserwerbs gegen Rechtsverlust" in seinem Vermögen hat. Müssen wir dann nicht in gleicher Weise sagen, daß auch z. B. der A, der sich von B ein Auto für 6000 RM. kauft unter der Bedingung, daß er bis zum nächsten Quartalsersten eine Erbschaft macht, nur den Wert „Auto minus 6000" (als in Aussicht gestellten) in seinem Vermögen hat, daß die Aussicht auf Enstehen dieses gegenseitigen Schuldverhältnisses das bedingte Recht sei, das ihm zustehe, daß also auf Grund von dessen Uebertragung hernach auch die Verpflichtung zur Leistung der 6000 RM. in der Person des Zessionars X entstände? Steht solches nicht im Widerspruch mit der unbestreitbaren Tatsache, daß, wenn A dem X gegenüber von der Uebertragung seines bedingten Rechts aus dem Vertrage spricht, dies nach allgemeiner Ueblichkeit heißen soll, daß X nur das Recht auf das Auto erlangen soll, so daß wir umgekehrt, wenn schon die beiden Fälle gleich zu behandeln wären, die Theorie vom materiellen Gehalt des Gestaltungsrechts aufgeben müßten? Diese Tatsache ist allerdings unbestreitbar; jedoch ergibt sich bei näherer Untersuchung ein solcher Widerspruch nicht mehr. Zwei Lösungen kommen in Frage:

a) Auch der Gestaltungsberechtigte kann ein Uebertragungsgeschäft derartig vornehmen, daß der Zessionar nur die durch die Gestaltung erwachsende Forderung erwirbt (dies dürfte herrschender Meinung entsprechen, vgl. z. B. Oertmann 1 g α δδ zu § 399 a. E., Seckel a. a. O. S. 226, Warneyer I zu § 399). Er überträgt die Forderung als zukünftiges Recht. Ebenso ist die Uebertragung des bedingten Rechts, wie wir sie gewöhnlich finden, Uebertragung eines zukünftigen Rechts. Das eigentliche Recht aus dem bedingten Rechtsgeschäft wird dabei nicht übertragen. Es könnte aber auch übertragen werden und ließe dann beim Zessionar auch die Verpflichtungen entstehen. Der Unterschied zum Gestaltungsrecht ist nur der, daß diese eigentliche Form der Uebertragung viel seltener vorkommt. Das erklärt sich daraus, daß der Zessionar ein Interesse daran haben kann, den geringeren gegenwärtigen Wert zur Uebertragung zu erhalten statt des höheren zukünftigen, da er sich ersteren dann wenigstens sicher verschaffen kann, während die Erlangung des letzteren für ihn immer noch unsicher wäre. Beim Recht aus dem bedingten Rechtsgeschäft dagegen ist seine Rechtsposition noch ebenso unsicher, wenn er sich das gegenwärtige als wenn er sich das zukünftige Recht übertragen läßt. Wenn er einen geringeren Wert als das zukünftige Recht übertragen will, so erscheint es zweckmäßiger, ihm einen Teil des zukünftigen Rechts zu übertragen als das ganze gegenwärtige, da bei dem Subtraktionsverhältnis der Wert meist erheblich schwerer festzustellen ist.

b) Beim Recht aus dem bedingten Rechtsgeschäft sieht das Gesetz nicht mehr eine Anwartschaft auf Entstehung eines gegenseitigen Schuldverhältnisses, sondern zwei im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Rechtspositionen, ein Anwartschaftsrecht und eine anwartschaftliche Verpflichtung, die nur unter inhaltsgleichen Bedingungen stehen, als vorliegend an. Wie die Rechtsordnung verschiedene Rechtspositionen zu einem Recht zusammenschließen und dadurch, soweit die Rechtspositionen sonst Rechte wären, zu bloßen Befugnissen werden lassen kann, so kann sie auch umgekehrt

festlegen, daß mehrere Rechtspositionen nicht als ein Recht angesehen werden sollen, daß es nicht eine Aussicht auf einen Plus- und einen Minuswert, sondern zwei Aussichten, die eine auf den Pluswert, die andere auf den Minuswert geben soll. Unterstellen wir, unsere Rechtsordnung ließe letztere Regelung als von ihr gewollt für die Rechtspositonen aus dem bedingten Rechtsgeschäft erkennen, so läßt sie doch auch andererseits in § 514 (vgl. Raape, Wollensbedingung S. 111) erkennen, daß sie für den Fall, daß die zu erlangenden Rechtspositionen aktuell werden durch eine rechtsgeschäftliche Erklärung eines Beteiligten, für das Stadium vor Abgabe dieser Erklärung nicht zwei, sondern nur eine Rechtsposition als gegeben ansieht. Für welche von beiden Lösungen wir uns auch entscheiden, unsere Theorie vom materiellen Gehalt des Gestaltungsrechts ist von dieser Seite her nicht angreifbar. Nehmen wir die erste Lösung an, so hat sich zugleich der Unterschied, den Raape zwischen Recht aus dem bedingten Rechtsgeschäft und Gestaltungsrecht feststellen will, als nicht vorhanden herausgestellt. Bei Annahme der zweiten Lösung wäre allerdings dieser Unterschied da. Aber erstens liegt eine solche Auffassung dem Gesetz jedenfalls nicht für alle Rechte aus dem bedingten Rechtsgeschäft zugrunde. Dies beweist das vertragliche Rücktrittsrecht. Sein Entstehungstatbestand läßt sich vom Standpunkt der Rechtsgeschäftslehre und nach dem Gesetz (§ 346) nicht anders auffassen wie als ein bedingter Vertrag. Und dieser erzeugt ein Gestaltungsrecht. Daher kann der von Raape angenommene Unterschied nicht zwischen Recht aus dem bedingten Rechtsgeschäft und Gestaltungsrecht, sondern höchstens zwischen bedingtem Recht im sachlichen Sinne und Gestaltungsrecht bestehen. Wollte man (mit Henle a. a. O. S. 314) sagen, die Wollenserklärung sei aber eine besondere Art von Bedingung, so läßt sich wieder nicht erklären, warum diese Besonderheit dazu führt, die Uebertragung mit Einschluß der Pflichten zu gestatten, dagegen bei anderen Fällen, wo es der bedingt Berechtigte auch in der Hand hat, die bedingten Rechtspositionen zu unbedingten zu machen, näm-

lich in den Fällen der (sonstigen) Potestativbedingungen, auszuschließen. Zweitens: wenn wir feststellen könnten, daß der materielle Gehalt des Rechts aus dem bedingten Rechtsgeschäft kraft positiver Vorschrift nur in den zu erlangenden Rechten bestehen kann, nicht auch unter Minderung solchen Wertes durch Pflichten (und weiter eine positive Ausnahme für die auflösend wollensbedingten Rechtsgeschäfte), so beweist dies keineswegs, daß diese Rechte mit dem Inhalt, wie jene positive Vorschrift ihn noch zuläßt, keine Gestaltungsrechte sind, sondern nur, daß Gestaltungsrechte mit gewissem Inhalt nicht aus einem bedingten Rechtsgeschäft entspringen können. Hinzu kommt, daß für diese bisher unterstellte Gesetzesvorschrift in derartiger Ausdehnung jeder innere Grund fehlen würde sowie positive Anhaltspunkte im Gesetz fehlen. Die einzige sachliche Trennungslinie läuft zwischen dem Gestaltungsrecht und dem bedingten Recht im sachlichen Sinne (aus der bei der Lösung a angeführten verschiedenen Interessenlagerung). Ob für das bedingte Recht im sachlichen Sinne die eine oder die andere mögliche Lösung unserem BGB. entspricht, kann hier dahingestellt bleiben. Uns genügt: ein Argument dagegen, daß das sog. wollensbedingte Geschäft ein Gestaltungsrecht ergibt, läßt sich, wie wir uns auch entscheiden, nicht daraus herleiten (in Verbindung mit dem Beweis, daß das sog. wollensbedingte Geschäft ein bedingtes Rechtsgeschäft sei, während für die drei Spezialfälle dann umgekehrt zu schließen wäre, daß kein bedingtes Rechtsgeschäft vorliegen könne).

Ebenso beweist das zweite Argument Raapes (Wollensbedingung S. 99 f.) nicht, daß das Recht aus dem bedingten Rechtsgeschäft durch seine Struktur dem Gestaltungsrecht gegensätzlich ist. Raape führt an: Wenn der Rücktrittsberechtigte die zu gewährende Sache zerstört habe, könne er nicht mehr zurücktreten (§ 351), wenn der bedingt Berechtigte die für den Fall des Bedingungseintritts von ihm zu leistende Sache zerstört habe und dann noch die Bedingung herbeiführe, sei er schadensersatzpflichtig. Erstens beweist die Sonderbehandlung eines Gestaltungsrechts nicht, daß anders behandelte Gestaltungsrechte keine Gestaltungs-

rechte sind. Zweitens hat die Sonderbehandlung hier ihren guten inneren Grund. Im allgemeinen hat der Rechtsgegner dessen, der die Sache zerstört hat und trotzdem den Bedingungseintritt herbeigeführt hat, ein Interesse an dem Wirksamwerden des bedingten Rechtsgeschäfts. Beim Rücktrittsrecht dagegen hat der Rechtsgegner ein Interesse an der Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes, während der Rücktrittsberechtigte derjenige ist, der ihn gern ändern möchte, was er ja deutlich bekundet, wenn er trotz Androhung des Ersatzanspruchs den Bedingungseintritt herbeiführt, indem er zurücktritt. Daher bedeutet der Rechtsverlust hier eine Strafe für ihn und ein wirksameres Mittel zum Schutz der Interessen des Rechtsgegners als die Androhung des Ersatzanspruchs.

Als Ergebnis ist somit festzustellen: wir begnügen uns damit, dargelegt zu haben, daß die uns hier interessierenden Erscheinungen Gestaltungsrechte sind. Wie ihr Entstehungstatbestand zu konstruieren ist, ist uns hier gleichgültig. Für die Uebertragbarkeit dieser Gestaltungsrechte gilt das Gleiche wie für das Recht aus der Offerte, da die gleichen Erwägungen zutreffen. Zu erwähnen ist noch, daß wir gerade hier die ausdrückliche Bestätigung unserer Auffassung in § 514 treffen. Im Interesse des Rechtsgegners ist ein solches Gestaltungsrecht grundsätzlich unübertragbar. Vereinbarung mit diesem macht es jedoch übertragbar.

§ 9.

Als weiteres selbständiges Gestaltungsrecht ist zu nennen:

a) das Aneignungsrecht des Fiskus gemäß § 928 BGB. Bei ihm ist die rechtsgeschäftliche Erklärung des Berechtigten noch nicht ausreichend zur Ausübung. Es muß noch der behördliche Akt der Eintragung hinzukommen. Es ist aber zu unterscheiden zwischen dem Aneignungsrecht im weiteren Sinne, das der Fiskus insofern hat, als er eine Anwartschaft auf den Erwerb der einzelnen Aneignungsrechte an den jeweils herrenlos werdenden Grundstücken, der An-

eignungsrechte im engeren Sinne, hat und diesen letzteren Aneignungsrechten. Ersteres ist überhaupt kein Gestaltungsrecht. Daher kann dahingestellt bleiben, ob es übertragbar ist, was nicht unzweifelhaft erscheint. Letztere sind Gestaltungsrechte und übertragbar, da für das Gegenteil kein Grund ersichtlich ist: so auch Enneccerus a. a. O. II, 1 § 63 Anm. 9; RG. 82, 74; a. a. Lotz, Thür. Bl. 10 S. 244 in Neumanns Jahrb. 10, 361.

b) eine Gruppe von Gestaltungsrechten, bei denen allgemein die Uebertragbarkeit deshalb für unzweifelhaft angesehen wird, weil das BGB. diese Rechte als Ansprüche, Forderungsrechte ansieht, sie somit unter § 398 fallen. Typisches Beispiel ist die Rechtsstellung des Darlehnsgläubigers vor Kündigung des Darlehns. In diesem Stadium seines Rechts soll dem Darlehnsgläubiger noch nicht geleistet werden, aber er hat die Möglichkeit, durch eine einseitige Willenserklärung die Rechtslage des Leistensollens herbeizuführen, einen Anspruch in sachlichem Sinne entstehen zu lassen, also ein Gestaltungsrecht. Daß es sich hier um eigenartige Ansprüche handelt, hat man schon lange erkannt und hierfür die Kategorie des verhaltenen Anspruchs aufgestellt (Langheineken in Festgabe für v. Brünneck S. 27 ff.). Bei der Einteilung der subjektiven Rechte nach der Art der Inaussichtstellung liegt aber ein Gestaltungsrecht vor, allerdings zugleich ein Anwartschaftsrecht, weil der Berechtigte den Anspruch im sachlichen Sinne auch durch Kündigung des Verpflichteten, also für ihn zufällig, erwerben kann. Es handelt sich wieder um zwei Arten der Inaussichtstellung desselben Wertes, die nicht getrennt übertragbar sind (vgl. oben § 4). In gleicher Weise liegt ein Gestaltungsrecht vor beim Wahlrecht des Gläubigers und beim Bestimmungsrecht des Gläubigers gemäß § 315 BGB. Ferner gehört hierher auch das Recht des aus dem Dienstvertrage Berechtigten auf Spezialisierung der auf dem Vertrage beruhenden Dienstpflicht. Deutlich zeigt sich dies, wenn der Rahmen für die Dienstpflicht zunächst ganz allgemein umrissen ist, so daß der Schuldner zunächst nichts weiter zu tun hat und auch gar nichts tun kann als zu dem Berech-

tigten kommen und ihn auffordern, ihm Anweisungen zu erteilen, bzw. sich zu seiner Verfügung bereit halten. Dagegen tritt das Gestaltungsrecht mehr zurück, wenn schon spezielle Anweisungen getroffen sind, so daß, auch wenn keine weiteren Anweisungen erfolgen, eine Tätigkeitsverpflichtung besteht. Aber das Gestaltungsrecht besteht doch noch insofern, als der Inhalt der Verpflichtung abgeändert werden kann durch Anweisung einer anderen Tätigkeit. Hinsichtlich der Uebertragbarkeit tritt in diesem letzteren Falle Untrennbarkeit von dem Anspruch ein, da dann ein Tatbestand der unten zu behandelnden Gruppe 2 der unselbständigen Gestaltungsrechte vorliegt.

§ 10.

Weiter ist zu betrachten eine Gruppe von Rechten, die von dem Anfechtungsrecht (nach BGB.) und einer Anzahl verwandter Rechte gebildet wird. Es gehören dazu das Rücktrittsrecht, das Kündigungsrecht und die verschiedenen Widerrufsrechte. Diese Gruppe wird zusammengehalten durch die Gleichheit der Gedankengänge, die für die Begründung einer ausnahmsweisen Unübertragbarkeit in Frage kommen.

Es soll zunächst das Anfechtungsrecht behandelt werden, wobei das nahe verwandte Rücktrittsrecht schon gelegentlich gestreift werden wird. Für die übrigen Rechte dieser Gruppe ist danach kurz auf die Unterschiede von diesem Hauptvertreter der Gruppe hinzuweisen.

Das Anfechtungsrecht wird meist für unübertragbar erklärt; dies hat zwei Gründe. Einmal ist auf diesem Gebiete noch besonders wirksam der Gedanke, daß gar kein echtes Recht vorliegt. Zweitens soll es sich um ein sog. unselbständiges Recht handeln, d. h. ein Recht, das nur ein Anhängsel einer anderen Rechtsstellung seines Inhabers ist. Letzterer Gedanke wird durch ersteren begünstigt. Das Wesen der Unselbständigkeit hat näher untersucht Remé[58]), der zu

58) Die Gestaltungsrechte im Privatversicherungsrecht, insbesondere S. 60.

dem Resultat kommt, das Gestaltungsrecht sei unübertragbar,, wenn es durch die Uebertragung seinem Zweck entfremdet würde; es dürfe bei der Uebertragung seine funktionelle Bedeutung nicht verlieren; das Gestaltungsrecht folge stets dem Korrektionsbedürfnis, durch das es bedingt sei. Zunächst ist festzustellen, daß der richtige Gedanke, das Recht ist übertragbar, wenn es durch die Uebertragung seinem Zweck entfremdet würde, kein den Gestaltungsrechten eigentümlicher ist, was Remé anscheinend verkennt. Es ist derselbe Gedanke, wenn man Ansprüche für unübertragbar erklärt, die nur einem anderen Rechtsverhältnis zu dienen bestimmt sind, z. B. Ansprüche auf Rechnungslegung oder Auskunftserteilung (vgl. Enneccerus a. a. O. I 2 § 302 III 3). Allerdings sind zwei Arten der Zweckentfremdung zu unterscheiden. Solche könnte eintreten einmal durch die Uebertragung schlechthin oder aber nur durch eine Uebertragung unter Trennung von einer anderen Rechtsposition. Ein Beispiel für die Unübertragbarkeit wegen der ersteren eigentlichen Zweckentfremdung bieten die Unterhaltsansprüche. Die vorhin genannten Beispiele gehören zur zweiten Art. Sie sind nicht an eine Person gebunden, sondern an eine Rechtsposition. Sie können mit dieser auf eine andere Person übergehen und tun das in der Regel ipso iure, sobald diese übergeht. Dies Uebergehen ist aber keine Uebertragung, weil sie nicht durch ein darauf gerichtetes Rechtsgeschäft hervorgerufen wird. Man hat speziell beim Anfechtungsrecht vor allem auf die Anfechtbarkeit von obligatorischen Verträgen gesehen und dabei festgestellt, daß das Anfechtungsrecht vielfach dem Schuldner die Möglichkeit gibt, von seiner Schuld loszukommen. Diese Möglichkeit hat natürlich ein anderer, der nicht Schuldner ist, nicht. Man hat daher das Anfechtungsrecht als Gegenrecht oder Vernichtungsrecht (vgl. Seckel a. a. O. S. 212, 222, 227) aufgefaßt und sich gesagt, da das Gestaltungsrecht diese Funktion bei einem Dritten nicht entfalten kann, oder um mit Remé zu sprechen, da bei einem Dritten ein solches Korrektionsbedürfnis nicht besteht, ist das Anfechtungsrecht unübertragbar. Dies wäre eine Erwägung gegen die immerhin

als möglich anerkannte materielle Uebertragung (d. h. Uebertragung des im Anfechtungsrecht enthaltenen Vermögenswertes[59]). Vielfach ist man aber wohl nur überhaupt nicht darauf gekommen, daß eine solche materielle Uebertragung denkbar ist, und hat sich daher nur mit der Möglichkeit der formellen Uebertragung beschäftigt, die man mit Recht (vgl. oben § 3) verneint hat. In der Literatur sind auf diesem Boden folgende Meinungen als typische erwachsen. Planck-Siber (b zu § 399) lehnt die Möglichkeit jeglicher Uebertragung ab, ebenfalls Oertmann[60]) (§ 399 1g α δδ). Letzterer denkt jedoch, wie sich aus seiner hauptsächlichen Begründung, es sei sinnlos, wenn ein Dritter über eine Berechtigung oder Verpflichtung entscheiden solle, ergibt, nur an die formelle Uebertragung[61]). Seckel (a. a. O. S. 222 f.) vertritt demgegenüber den Standpunkt, das Anfechtungsrecht (bzw. Rücktrittsrecht) sei übertragbar, jedoch nur als materielles, nicht als formelles, indem er verlangt (a. a. O. S. 228), daß die Ausübung des übertragenen Anfechtungsrechts nur Wirkungen in der Rechtssphäre des Zessionars, nicht des Zedenten, hervorrufe. Doch auch bei ihm liegt noch keine volle Erkenntnis des materiellen Wertgehaltes des Anfechtungsrechtes vor. Seine Uebertragung des Anfechtungsrechtes ist nur scheinbar eine materielle. Dagegen finden wir diese bei Henle (a. a. O. S. 262), was

59) Uebertragung des darin liegenden immateriellen Wertes kommt nicht in Frage; s. oben S. 31.

60) Die von ihm angeführten RG.-Entscheidungen betreffen das Anfechtungsrecht aus dem Anfechtungsgesetz. Gleicher Ansicht sind ferner: v. Tuhr II 1, S. 306, und Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts I § 42, I 1.

61) Hinterdrein bringt er dann den Gedanken: auf den, der in die gleiche Rechtssituation komme wie der Anfechtungsberechtigte, gehe das Anfechtungsrecht ohne weiteres mit über, z. B. das Recht, eine Nießbrauchsbestellung anzufechten, auf den neuen Eigentümer. Hier erwirbt der neue Eigentümer dann freilich einen materiellen Wert. Es handelt sich hier jedoch um ein Problem nicht der Uebertragung des Anfechtungsrechts, sondern der Uebertragung der durch das anfechtbare Rechtsgeschäft geschaffenen Rechtslage. Uebrigens ist dieser Satz Oertmanns durchaus abzulehnen (vgl. unten S. 85 und 97).

insofern überrascht, als dieser überhaupt keine Gestaltungs-„rechte" anerkennt. Bergk endlich (a. a. O. S. 43 ff., 39 ff.) betont zwar ihren materiellen Gehalt, legt ihnen jedoch zu viel davon bei, da er durch Ausübung des übertragenen Anfechtungsrechts in der Person des Zessionars nur Ansprüche, in der Person des Zedenten dagegen die Verpflichtungen entstehen lassen will; außerdem soll das Anfechtungsrecht, solange es mit einem subjektiven Recht verbunden ist, was, für Bergk anscheinend selbstverständlich der Fall ist, solange dem Anfechtungsberechtigten noch ein Recht aus dem anfechtbaren Rechtsgeschäft zusteht, unübertragbar sein[62]).

Die formelle Uebertragung lehnen wir, wie überhaupt, auch hier ab. Ihr Wesen würde darin bestehen, daß nunmehr die Anfechtungserklärung des Zessionars, nicht mehr des Zedenten, die Anfechtung bedeuten würde, daß aber die Wirkungen der Anfechtung genau die gleichen sein würden, wie wenn nicht zediert wäre. Z. B. würde bei Anfechtung eines gegenseitigen Vertrages vor Erfüllung der Zedent seine Forderung verlieren und von seiner Schuld befreit werden. Somit interessiert uns hier vor allem, ob die materielle Uebertragung möglich ist, was dem Grundsatz des § 413 entsprechen würde. Um diese Frage entscheiden zu können, ist zunächst zu untersuchen, wie solche materielle Uebertragung aussehen würde; an einer klaren Erkenntnis hiervon fehlt es bisher. Sie läßt sich auch wohl nicht so leicht von der Hand weisen, wie das bisher in der Literatur ohne klare Unterscheidung der beiden Uebertragungsarten meist geschieht.

Die Anschauung Planck-Sibers ist noch eine Nachwirkung aus der Zeit, zu der man die Gestaltungsrechte noch nicht als Rechte, sondern als eine Art persönlicher Eigenschaften auffaßte. Er führt als Hauptgrund an: nur die Vertragspartei könne anfechten, diese Eigenschaft aber könne nicht übertragen werden. Diese Argumentation fällt damit,

62) Worin diese Verbundenheit besteht, sagt Bergk nicht; anscheinend ruft der Umstand, daß die Gestaltungsrechte keine subjektiven Rechte für ihn sind, eine gewisse Anlehnungsbedürftigkeit derselben hervor.

daß die Gestaltungsrechte überhaupt, also auch das Anfechtungsrecht, subjektive Rechte sind, keine Eigenschaften. Die Vertragsbeteiligung, kann man gegen Planck-Siber sagen, ist lediglich ein Merkmal im Entstehungstatbestand des Anfechtungsrechts; einmal entstanden, geht es seine eigenen Wege und ist daher insoweit kein Grund ersichtlich, der die der Regel entsprechende Uebertragbarkeit ausschließt. Wollte man (nach Erkenntnis, daß ein Recht vorliegt) anders entscheiden, so könnte man ebenso gut behaupten, der Schadensersatzanspruch wegen Körperverletzung (abgesehen vom Schmerzensgeld) sei unübertragbar, weil hier ein höchst persönlicher Entstehungstatbestand vorliege. Bei Seckel zeigt sich die nicht hinreichende Erkenntnis des materiellen Wertes darin, daß er sein Ziel (Eintritt der Wirkungen in der Person des Zessionars) nur mittels eines Kunstgriffs erreicht, nämlich dadurch, daß er als Voraussetzungen der wirksamen Uebertragung aufstellt: 1. Abtretung bzw. Uebernahme aller gegenwärtigen oder aber Erfüllung aller gegenwärtigen Ansprüche und 2. Abtretung bzw. Uebernahme aller zukünftigen Ansprüche oder aber eine Lagerung der Dinge, bei der solche nicht entstehen. Durch ersteres erreicht er, daß die Vernichtungswirkung in der Person des Zessionars, durch letzteres, daß die Erwerbswirkung in der Person des Zessionars eintritt. Letzteres ist aber ein Scheinschluß; denn in Wirklichkeit entstehen alle als künftig übertragenen Rechte zunächst in der Person des Zedenten, um allerdings nach § 185 im nächsten Moment auf den Zessionar überzugehen. Das folgt aus dem klaren Wortlaut des § 185 „die Verfügung ist wirksam, wenn der Verfügende erwirbt“ [63]). Die Uebertragung der zukünftigen Ansprüche ist aber überhaupt überflüssig, wenn man scharf darauf sieht, daß materiell, also der wirklich vorhandene Wert übertragen werden

63) Für die Uebernahme der künftigen Kondiktionsschuld (s. Seckel, a. a. O. S. 227) gilt Entsprechendes. Nur kommt hier noch das Bedenken hinzu, ob solche überhaupt vom Gesetz zugelassen ist; wegen des im Vorsatz Gesagten braucht jedoch auf diese Frage nicht eingegangen zu werden.

soll. Der Wert des Anfechtungsrechts besteht — hiermit treten wir ein in die Prüfung, wie eine materielle Uebertragung des Anfechtungsrechts tatsächlich aussehen müßte, — in den durch Ausübung desselben zu erwerbenden subjektiven Rechten. Besonders klar ist dies bei Anfechtbarkeit von Verfügungsakten. Das Recht, eine Uebereignung anzufechten, bedeutet die Möglichkeit, das Eigentum sich zu verschaffen, eine Inaussichtstellung des Eigentums. Wenn ich dies Recht übertrage, kann nunmehr der Zessionar sich das Eigentum verschaffen, ist ihm jetzt das Eigentum in Aussicht gestellt, genau wie bei Zession eines Anspruchs auf Uebereignung. Ebensowenig wie unser Gesetz bei Abtretung eines solchen eine besondere Abtretung des auf Grund desselben zu erwerbenden zukünftigen Eigentums verlangt, ebensowenig kann man sie bei der Uebertragung des Gestaltungsrechts verlangen (a. Seckel a. a. O. S. 228). Aehnlich liegt die Sache bei der Anfechtbarkeit vertraglicher Verpflichtungen.

a) Bei der einseitigen Verpflichtung, die seitens des Schuldners anfechtbar ist.

α) Vor Erfüllung derselben. A macht dem B ein Schenkungsversprechen. Kann er ein hinsichtlich dieser Verpflichtung bestehendes Anfechtungsrecht auf den X übertragen? Seckel (a. a. O. S. 223) sagt: Nur wenn X die Schuld übernimmt (dann soll das Anfechtungsrecht sogar ipso iure übergehen). Das ist abzulehnen. Durch das Schenkungsversprechen hat A einen gewissen Wert aufgegeben aus seinem Vermögen. Das Anfechtungsrecht gibt ihm die Möglichkeit, das Verlorene sich zurückzuverschaffen, eine Anwartschaft auf diesen Wert. Wenn A eine Anwartschaft überträgt, so verändert diese ihren Charakter dahin, daß es sich nicht um die Wiedergewinnung des Wertes handelt, sondern um Neugewinnung. Der Zweck eines Rechtes, die Folgen eines Rechtsgeschäfts rückgängig zu machen, braucht seiner Uebertragbarkeit nicht entgegenzustehen; sonst müßte z. B. auch die condictio indebiti unabtretbar sein. Die Vernichtungswirkung in dem Sinne, daß es bezweckt, die Folgen eines Rechtsgeschäfts zu beseitigen, ist zwar dem Anfechtungsrecht eigen, steht aber der Uebertragbarkeit des-

selben nicht entgegen. Dagegen ist ihm nicht die Vernichtungswirkung in dem Sinne eigen, daß es zu seinem Wesen gehörte, daß durch die Anfechtung ein gegen den Anfechtenden gerichtetes Recht vernichtet wird, da es Anfechtungsrechte auch in Fällen gibt, wo solches durch ihre Ausübung nicht eintritt, z. B. bei Anfechtbarkeit eines Erlasses oder Anfechtbarkeit des Schenkungsversprechens nach der Erfüllung; daß hierin nichts Charakteristisches liegen kann, ergibt sich auch daraus, daß man sich die Vernichtungswirkung auch als Erwerbswirkung vorstellen kann, nämlich so, daß A die Forderung des B gegen ihn erwirbt und nur wegen Personenidentität von Gläubiger und Schuldner die Forderung nunmehr untergeht. Letzteres tritt nicht ein, sobald ein Dritter, nämlich der Zessionar des Anfechtungsrechts, die Forderung erwirbt. Auch speziell Remés Gedanke, daß die Gestaltungsrechte ein bestimmtes Korrektionsbedürfnis befriedigen, steht nicht unbedingt im Wege. Man könnte sagen: Zwar ist das Anfechtungsrecht einem Korrektionsbedürfnis entsprungen, aber die Korrektion nimmt die Rechtsordnung schon dadurch vor, daß sie das Anfechtungsrecht und damit einen Ausgleichswert gewährt. Die weitere Korrektion ist der benachteiligten Rechtsperson überlassen, zu welcher jede der beiden möglichen Arten von Verwertung gleich dienlich ist. Weiter besteht das Bedenken, ob solche Uebertragung nicht eine Inhaltsänderung des Rechts bedeuten würde, die gemäß § 399 die Uebertragbarkeit ausschlösse. Auch dieser Gesichtspunkt vermag die materielle Uebertragung des Anfechtungsrechts nicht ohne weiteres auszuschließen. Zum Nachweis hierfür erscheint es zweckmäßig, die auch hier sich wieder bietende Parallelerscheinung beim Anspruch zu betrachten: den Anspruch auf Erlaß einer Forderung. Er geht inhaltlich auf Befreiung des Anspruchsinhabers von einer Schuld und richtet sich gegen den Gläubiger dieser Schuld im Gegensatz zu dem Befreiungsanspruch, der ebenfalls auf Schuldbefreiung geht, aber sich gegen einen Dritten richtet. Ersterer kann (materiell) übertragbar nur sein in dem Sinne, daß der Zessionar einen Anspruch gegen den Gläubiger des Zedenten auf Abtretung seines Anspruches

gegen den Zedenten erlangt. Das Gegenstück bildet die Frage: Kann jemand, der einen Anspruch auf Abtretung einer Forderung hat, diesen Anspruch (auch) auf den Schuldner der Forderung übertragen? Dieser wird ja dadurch zum Erlaßanspruch. Diese Verwandlung könnte man vielleicht anzweifeln und sagen: Der Anspruch bleibt auch beim Schuldner ein Anspruch auf Uebertragung der (gegen ihn selbst gerichteten) Forderung; nur tritt alsbald nach der Uebertragung Konfusion ein. Aber eine Uebertragung der Forderung auf deren Schuldner gibt es nicht. Die Konfusion tritt deshalb ein, weil eine Forderung gegen sich selbst nicht vorstellbar ist. Daher kann sie auch nicht für einen Moment erst eintreten und dann zur Konfusion führen, sondern die einzige Aenderung in der konkreten Rechtswelt, die solche Verfügung hervorruft, ist die Aufhebung der Forderung. Daher kann der Schuldner auch nur einen Anspruch auf solche, nicht aber auf Uebertragung der Forderung auf sich haben. Ist die (materielle) Uebertragung des Erlaßanspruches überhaupt und die Uebertragung des Zessionsanspruchs wenigstens auf den Schuldner durch § 399 ausgeschlossen? Das ist zu verneinen. Soweit die Materialien ergeben, hat man bei ihm an solche Fälle nicht gedacht. Der Schuldner des fraglichen Rechts muß in beiden Fällen das Gleiche hergeben. Der unterschiedliche Erfolg ist ihm durchaus gleichgültig. Eine solche Einschränkung der Wertbewegung würde des inneren Grundes entbehren. § 399 ist dahin auszulegen, daß nur solche Inhaltsänderung die Uebertragung ausschließt, die erhebliche Interessen des Rechtsgegners berührt oder sonstwie dem Gesetz wesentlich erscheint. Läßt man doch sogar die Uebertragung des Befreiungsanspruches wenigstens auf den Gläubiger der Forderung zu, von der zu befreien ist[64]), obwohl dabei außer der inhaltlichen Wandlung aus dem Befreiungs- in einem Zahlungsanspruch Unterschiede für den Rechtsgegner herauskommen können; z. B. in der Vollstreckung, indem der Befreiungsanspruch, solange nicht in einen Interesseanspruch verwandelt, nach den Vorschriften

64) Vgl. Oertmann, 1a δ zu § 399.

zur Erzwingung von Handlungen, der Zahlungsanspruch durch Pfändung vollstreckt würde. Für den Rechtsgegner wäre diese Inhaltsänderung beim Anfechtungsrecht offenbar gleichgültig. Ob sie dem Gesetz aus sonstigen Gründen wesentlich ist, soll unten untersucht werden, nachdem wir auch die übrigen Fälle des Anfechtungsrechts daraufhin betrachtet haben, wie sich eine materielle Uebertragung bei ihnen auswirken würde. Lediglich deshalb, weil ein Gestaltungsrecht vorliegt, braucht das Resultat noch kein anderes zu sein wie beim Anspruch. Bei Bejahung der materiellen Uebertragbarkeit kämen wir, wenn wir eine einheitliche Formel für alle Fälle aufstellen wollen, zu dem Ergebnis: die materielle Uebertragung des Anfechtungsrechts gibt dem Zessionar die Möglichkeit, den Anfechtungsgegner aus seiner Rechtsstellung hinauszuwerfen und diese einzunehmen. „Rechtsstellung" ist hier in ganz allgemeinem Sinne gemeint, unabhängig von ihrem formellen Ausdruck, der ein Recht oder eine Rechtsgegenstellung oder der Zustand, wo keins von beiden vorliegt (sozusagen der Nullzustand der subjektiven Rechtssphäre) sein kann. Der Zedent bleibt von diesem Vorgang unberührt, was ganz dem Sinne der Sache entspricht, denn seiner Rechte, denen die Aenderung entspringt, hat er sich ja durch die Uebertragung begeben. Sobald in dem behandelten Spezialfalle der Anfechtbarkeit des Schenkungsversprechens vor Erfüllung außer dem, daß das Anfechtungsrecht übertragen wird, auch noch die Schuld des A von X übernommen wird, tritt allerdings der Fall ein, den S e c k e l allein für möglich erklärt. Die Anfechtung kann ja nun wieder Vernichtungswirkung haben. Die Vernichtungswirkung ist aber eben nur eine Unterart des Erwerbes, veranlaßt durch die besondere Stellung des Erwerbsberechtigten zu dem zu erwerbenden Wert. Man kann auch nicht eine wegen ihrer Eigenart die Unübertragbarkeit des Anfechtungsrechts bewirkende Eigenschaft desselben darin finden, daß man wegen der ex tunc-Wirkung der Anfechtung sagt, es werde hier nicht eine Aenderung der konkreten Rechtsordnung rückgängig gemacht, sondern eine solche durch die Anfechtung verhindert. Diesen Einwand könnte man viel-

leicht von dem Standpunkt aus, wie ihn Enneccerus a. a. O. I 1 § 75 Anm. 6 vertritt, dahin erheben: Ist einmal angefochten, so hat sich damit herausgestellt, daß A das Eigentum nie verloren hat, B es nie erworben hat, A ein Recht, das Eigentum zurückzuerwerben, demgemäß auch nicht übertragen konnte. Diese Lehre sagt also: Eine Aenderung der konkreten Rechtsordnung in dem Punkte, wem das Eigentum zusteht, erfolgt, wenn angefochten wird, überhaupt nicht. Es war nur in diesem Punkte die konkrete Rechtsordnung eine Weile unbestimmt. Aber das ist abzulehnen. Die konkrete Rechtsordnung ist in jedem Augenblicke völlig bestimmt. Der Eigentümer darf die Sache zerstören, also der B, nicht der A. Dagegen läßt sich nicht anführen, daß er, falls angefochten wird, dem A ersatzpflichtig ist. Denn dafür genügt auch, daß er so behandelt wird, wie wenn er nicht gedurft hätte. Dagegen wird unsere Auffassung klar bewiesen durch die auf den Augenblick zugeschnittenen Selbsthilferechte, insbesondere das Notwehrrecht. A darf vor der Anfechtung den B nicht hindern, die Sache zu zerstören, wohl aber B den A. Einer muß den Notwehrschutz genießen. Das muß der Berechtigte sein, wenn auch sein Recht nur ein vorläufiges ist. Es ist also die Enneccerus entgegengesetzte Ansicht richtig, wie sie z. B. v. Tuhr (a. a. O. II 1 S. 24) vertritt, so daß sich von diesem Gesichtspunkt aus keine Bedenken gegen den materiellen Erwerb des Anfechtungsrechts ergeben.

β) Weiter ist zu betrachten die Uebertragung des Anfechtungsrechts nach der Erfüllung der Forderung aus dem anfechtbaren einseitigen Geschäft. Die Grundgedanken, was die Wertverschiebung betrifft, bleiben die gleichen. Aeußerlich besteht der Unterschied, daß die Anfechtung jetzt auch in der Person des Zedenten nur Erwerbswirkung hätte, und daß es daher in diesem Sinne übertragbar ist, ohne daß wie im vorigen Falle eine Aenderung in der formellen Struktur des Endresultates eintritt. A hat jetzt nicht mehr die Möglichkeit, einen Anspruch abzuwehren, sondern einen solchen hervorzurufen, nämlich einen Bereicherungsanspruch. Dieses Können gelangt an den Zessionar, der nunmehr durch die

Anfechtung für sich den Bereicherungsanspruch erwerben würde[65]). Man könnte dagegen einwenden: Die Anfechtung schafft nur den Zustand des rechtlosen Habens. Auf Grund dessen erwächst erst der Bereicherungsanspruch. Aber ein solcher „Zustand" kommt in der konkreten Rechtswelt nicht vor; diese kennt nur Rechte, Rechtsgegenstellungen und das Fehlen beider. Erst recht nichts kann man sich darunter vorstellen, daß die Anfechtung nur die causa vernichte, wie Seckel[66]) annimmt. Eher könnte man vielleicht sagen: Die Anfechtung beseitigt ein besonderes relatives Recht des Bereicherten gegenüber dem, auf dessen Kosten er bereichert ist, in welches sich die Forderung durch die Erfüllung verwandelt hat. Allein dies Recht hätte lediglich den Inhalt, daß dem Rechtsgegner kein Recht gegen den Berechtigten zusteht, was eben bedeutet, daß überhaupt kein Recht besteht. Vielmehr ist mit dem „Können" des Anfechtungsberechtigten die ganze Erscheinung vollständig beschrieben. „Kann" er nicht mehr in dieser Weise, weil etwa die Bereicherung verlorengegangen ist, so ist die Anfechtung völlig wirkungslos (anders natürlich, wenn er dadurch wenigstens noch von einer Mängelhaftungsschuld befreit wird).

b) Weiter ist zu betrachten, nachdem wir solange das Anfechtungsrecht des Schuldners betrachtet haben, wie sich bei Annahme einer materiellen Uebertragbarkeit des Anfechtungsrechts eine Uebertragung des Anfechtungsrechts des Gläubigers aus dem anfechtbaren einseitigen Rechtsgeschäft auswirken würde. Nach dem auf seine Durchführbarkeit zu prüfenden Prinzip, daß das Anfechtungsrecht nur auf Eintritt in die Rechtsposition des Anfechtungsgegners gerichtet sei, müßte das Schema hier heißen:

α) Vor der Erfüllung: A hat von B 100 RM. zu fordern. Tritt er durch Anfechtung in die Rechtsposition des B ein, so erlischt das Forderungsrecht durch Konfusion. Tritt statt dessen der X ein, an den das Anfechtungsrecht zediert ist, so bleibt es bestehen. X würde also durch Zession des An-

65) So Henle, Lehrbuch, S. 263.
66) a. a. O. S. 225.

fechtungsrechts die Möglichkeit erwerben, an Stelle des B Schuldner des A zu werden.

β) Nach der Erfüllung: X wird an Stelle des A Bereicherungsschuldner des B; aber nur wenn dieser der Uebertragung des Anfechtungsrechts zugestimmt hat, da ihm nicht ein vielleicht zahlungsunfähiger neuer Schuldner aufgedrängt werden kann; sonst wird A Bereicherungsschuldner und X nur verpflichtet, ihn von seiner Schuld zu befreien (vgl. das oben S. 54 Gesagte).

Die Uebertragung eines kraft Gesetzes entstandenen Rechtes mit solchem Inhalt ist, wie oben S. 31 ausgeführt, für ausgeschlossen zu halten. Entsprechendes gilt vom Recht zur Anfechtung des Eigentumserwerbs.

Die Lösung für die gegenseitigen Verträge würde sich, wenn man die materielle Uebertragung zulassen wollte, aus der Kombination der bisherigen Ergebnisse ergeben unter besonderer Berücksichtigung der Untrennbarkeit von künftigem Recht und künftiger Verpflichtung des Anfechtungsberechtigten um deswillen, weil nur eine einheitliche Anwartschaftsposition gegeben ist. Als Schema können wir hier den Fall nehmen: A kauft von B, arglistig getäuscht, also anfechtbar, eine Kuh für 500 RM. Das Anfechtungsrecht tritt er an X ab. Zu prüfen ist die Frage, welcher Wert hier abgetreten wird. Der Wert des gegenseitigen Schuldverhältnisses A — B ist für A = Kuh — 500, für B = 500 — Kuh. Letzteres ist der Wert, den A von B durch die Anfechtung herausbekommen kann, den er also in dem Anfechtungsrecht überträgt. Aus dieser Wertanwartschaftsposition wirft der Zessionar X gemäß unseren obigen Ausführungen den B heraus. Die Wirkung ist folgende[67]):

---

67) Sie entspricht derjenigen der Zession eines Anspruchs auf Aufhebung eines Schuldverhältnisses, der sich durch Zession in einen solchen auf Uebertragung des Schuldverhältnisses verwandeln würde, plus Erfüllung desselben; daß ein Gestaltungsrecht vorliegt, ergibt nur den Unterschied, daß die Verwirklichung des Rechts nicht wie dort nach herrschender Meinung durch Einzelakte, sondern in einem einheitlichen Akt erfolgt.

1. Es ist noch kein Teil des Schuldverhältnisses erfüllt: X erwirbt die Forderung des B gegen A auf 500 RM. und schuldet dem A statt des B die Kuh.

2. Der Zedent A hatte die 500 RM. schon vor der Abtretung (bzw. vor der Anfechtung oder deren Kenntnis) an den Anfechtungsgegner B geleistet: der Zessionar X erlangt den Bereicherungsanspruch gegen B anstelle des Zedenten A und wird Schuldner des A wie im Falle 1.

3. Der Anfechtungsgegner hatte an den Zedenten vor der Zession (bzw. der Anfechtung oder deren Kenntnis) die Kuh geleistet: der Zessionar X erlangt die Forderung auf 500 RM. gegen A und wird anstelle des Zedenten A Schuldner des Bereicherungsanspruchs des B wegen der Kuh, falls B die Zession genehmigt. Anderenfalls wird A Bereicherungsschuldner, und der Zessionar X wird nur gegenüber dem Zedenten A verpflichtet, ihn durch Erfüllung von seiner Bereicherungsschuld zu befreien.

4. Das Schuldverhältnis war schon von beiden Teilen völlig erfüllt: der Zessionar X erlangt den Bereicherungsanspruch gegen B und wird Schuldner des B bzw. dem A gegenüber verpflichtet, dessen Schuld an B zu erfüllen.

5. Eine besondere Gestaltung der Dinge kann sich daraus ergeben, daß der ursprünglich Anfechtungsberechtigte nicht nur das Anfechtungsrecht überträgt, sondern auch zugleich die gegenwärtigen Teile des anfechtbaren Rechtsverhältnisses überträgt bzw. übernehmen läßt. Wir kommen dann zu den Resultaten Seckels. Aber für uns handelt es sich dann nicht um den Fall, in dem allein die Uebertragung dieses Gestaltungsrechtes überhaupt möglich ist, sondern um einen besonderen Fall der Wirkung der Uebertragung, welche Besonderheit dadurch hervorgerufen wird, daß zu der Zession des Gestaltungsrechts noch ein Weiteres hinzukommt[68]).

1a.[69]) A ist aus einseitigem anfechtbaren Vertrag ver-

---

68) Vorausgesetzt, daß wir die Zulässigkeit der Uebertragung überhaupt anerkennen, was ja vorläufig noch dahingestellt bleiben soll.

69) Vgl. die mit gleichen Ziffern benannten Fälle bei Seckel, a. a. O. S. 222 ff.

pflichtet. Er zediert das Anfechtungsrecht an X und läßt X die Schuld übernehmen. Wirkung der Anfechtung: X wird frei. Genau wie wenn zunächst nur das Anfechtungsrecht zediert, dann angefochten, damit X Gläubiger des A geworden wäre und nun seine Schuld übernehmen würde, was gleichbedeutend mit einem Erlaß wäre.

1b. Vor der Zession hat A an B erfüllt. Dieser Fall kann hier nicht vorkommen, weil als Gegenwärtiges außer dem Anfechtungsrecht nichts mehr da ist, was übertragen werden könnte.

2a. A ist aus anfechtbarem gegenseitigen Vertrag dem B gegenüber verpflichtet und berechtigt gewesen und hat dann seine Schuld erfüllt. A überträgt Anfechtungsrecht und Forderung auf X. Dieser ficht an. Unser Fall 2 modifiziert sich durch Konfusion von Forderung und Schuld dahin, daß X nunmehr lediglich die condictio gegen B hat, ohne irgendwie zu schulden.

2b. Im Gegensatz zum vorigen Fall hat nicht A, sondern B erfüllt. X hat die Schuld des A übernommen, B dem Eintritt in das Anfechtungsrecht zugestimmt. Unser Fall 3 modifiziert sich durch Konfusion dahin, daß X keine Forderung gegen A hat, da er nicht nur die Forderung erlangt, sondern auch schon Schuldner dieser Forderung ist [70]).

2c. Zwischen A und B besteht ein noch in keiner Weise erfüllter gegenseitiger Vertrag. A zediert X die Forderung und läßt ihn die Schuld übernehmen, überträgt ihm ferner das Anfechtungsrecht. Wirkung der Anfechtung: sowohl Forderung wie Schuld konfundieren in der Person des X.

2d. War das gegenseitige Schuldverhältnis von beiden Teilen schon vollständig erfüllt, so kommt eine Abtretung bzw. Uebernahme von etwas Gegenwärtigem außer dem Anfechtungsrecht nicht in Frage.

3a. Es gibt endlich noch zwei hierher gehörige Fälle, die Seckel jedoch nicht bringt; er müßte nach seiner Theorie in diesen wohl eine Uebertragung des Anfechtungsrechts für

70) Das Anfechtungsrecht stellt also für X das Recht dar, den Inhalt seiner Schuld zu ändern, so daß er statt der 500 RM. die Kuh schuldet.

unzulässig erklären, weil Wirkungen in der Person des Dritten eintreten: es ist noch nicht erfüllt; nun überträgt A die Forderung auf X und das Anfechtungsrecht; Wirkung der Anfechtung: X wird lediglich Gläubiger des A; hinsichtlich der Schuld tritt Konfusion ein, weil er die Forderung ja schon hat.

3b. Wenn im vorigen Falle X, statt sich die Forderung zedieren zu lassen, die Schuld übernommen hat, ergibt sich als Wirkung der Anfechtung: X wird nur Schuldner des A; denn von der Forderung, die er sonst erwerben würde, ist er ja schon der Schuldner.

Seckels Satz, das Anfechtungsrecht sei übertragbar, wenn sich die Rechtswirkungen der Anfechtung in der Rechtssphäre des Zessionars und des Anfechtungsgegners hielten, würde nach dieser Auffassung mit einer gewissen Einschränkung angenommen werden. Eine Aenderung kann nach unserer Auffassung auch in der Person des Zedenten eintreten insofern, als der Zedent einen anderen Gläubiger oder Schuldner erhält, wenn auch in dem Bestande seiner Rechte bzw. Pflichten keine Veränderung eintritt. Das Bedenken Oertmanns und Seckels, daß es sinnlos und rechtspolitisch bedenklich erschiene, einen Dritten darüber entscheiden zu lassen, ob jemand berechtigt sein solle, trifft auf diese Veränderung jedenfalls nicht zu. Derselbe bleibt nach wie vor berechtigt bzw. verpflichtet. Der Gläubiger kann ihm im allgemeinen gleichgültig sein. Etwaige Bedenken aus § 399, soweit er das Interesse des von der Rechtsverwirklichung Betroffenen schützen soll, werden durch seine in der Zession liegende Einwilligung beseitigt. Bei der Berechtigung ist in gleicher Weise durch die Einwilligung sein Interesse gewahrt. Eine bloß formale Macht liegt dann nicht vor, wenn die Wirkungen in der Person eines Dritten nur uno acto mit korrespondierenden Wirkungen in der eigenen Person hervorgerufen werden.

Abzulehnen ist die Lehre, zu der Bergk für einige der vorgenannten Fälle gelangt (s. oben S. 70), daß durch die Anfechtung von Seiten des Zessionars die Rechte in der Person des Zedenten entstehen. Einmal zerstört diese Lehre die Möglichkeit der Lösung aller Fälle nach einem einheit-

lichen Prinzip. Sie ist z. B. beim zweiseitigen Vertrag, wenn noch kein Teil erfüllt hat, völlig undurchführbar. Aber auch für die Fälle, für die Bergk sie empfiehlt, z. B. wenn beim zweiseitigen Vertrag beide Teile erfüllt haben, ist sie unannehmbar[71]). Besonders deutlich zeigt sich das bei der Pfändung des Anfechtungsrechts. Wenn man durch diese nur die Möglichkeit erlangen würde, die Forderung zu erlangen, nähme man dem Schuldner einen Wert aus seinem Vermögen, den er überhaupt nicht darin hat. Denn er vermag die Vermögensvermehrung durch die Forderung nur zu erlangen, indem er gleichzeitig eine Vermögensminderung um die Schuld erfährt. Dagegen kann man nicht, wie Bergk (S. 45) anscheinend denkt, vorbringen, man könne doch auch die Forderung aus einem gegenseitigen Vertrag pfänden, ohne die Schuld zu übernehmen, denn in diesem Stadium ist eben die Vermögensminderung beim Pfändungsschuldner schon eingetreten. Sonst könnte auch dem Pfändungsschuldner ein ganz unvorteilhafter Rücktritt aufgezwungen werden, wenn z. B. die von ihm geleistete Sache infolge zufälliger Verschlechterung nur noch ein Zehntel des dafür geleisteten Preises wert ist, aber für sich allein betrachtet für den Pfändungsgläubiger doch immer noch mehr Wert hat als der vom Pfändungsschuldner schon verbrauchte Erlös. Daß der Vertragspartner des Pfändungsschuldners die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend machen kann, ist doch wohl ein reichlich unsicherer Schutz für den Pfändungsschuldner.

Mit der im vorstehenden dargestellten Lösung wäre der Satz aufgestellt: das Anfechtungsrecht und die anfechtbare Rechtslage können von einander getrennt werden. Wir haben die Wirkungen dieses Satzes verfolgt für den Fall der Trennung dadurch, daß das Anfechtungsrecht übertragen wird, dagegen die anfechtbare Rechtslage ihrer subjektiven Zuständigkeit nach bleibt, wie sie ist. Die dargestellte Lösung stellt eine Folgerung des Grundsatzes vom materiellen Gehalt des Anfechtungsrechts dar; er würde, um ihn nochmals scharf zu

71) Bergk spricht beispielsweise vom Rücktrittsrecht, würde aber beim Anfechtungsrecht wohl ebenso entscheiden.

formulieren, lauten: Das Anfechtungsrecht ist in gleicher Weise auf den durch die Verwirklichung dieses Rechts an den Berechtigten gelangenden Wert gerichtet, wie ein Anspruch, den man sich an seiner Stelle denken könnte, auf den zu seiner Erfüllung an den Berechtigten zu leistenden Wert gerichtet wäre. Dieser Grundsatz könnte auch die Lösung geben für den Fall der Trennung dadurch, daß die anfechtbare Rechtslage übertragen wird, während das Anfechtungsrecht zurückbleibt. Die Wirkungen müssen hier die gleichen sein wie die oben aufgezeigten, da nach der Trennung derselbe Zustand besteht, wie in dem ersteren Falle. Es ist sicher auch ein Beweis für die Richtigkeit unserer Auffassung gegenüber den Auffassungen der Schriftsteller, die in mehr oder weniger unvollständiger oder unvollkommener Weise eine materielle Uebertragung zulassen wollen, daß sich die beiden möglichen Fälle der Trennung durch sie nach einheitlichen Gesichtspunkten lösen lassen. Gegenüber der Auffassung der herrschenden Meinung vom Anfechtungsrecht wird dabei als Vorzug erkennbar, daß gewisse Unbilligkeiten vermieden werden. Die Trennbarkeit in diesem letzteren Falle vertritt auch die herrschende Lehre, aber sie nimmt ganz andere Wirkungen der dann erfolgenden Anfechtung an. Gegen sie ist ein doppelter Angriff denkbar, bzw. erfolgt. 1. könnte man sich gegen die Trennbarkeit wenden entweder a) so, daß man zugleich die Uebertragbarkeit des Anfechtungsrechts verneint, also zum Untergang des Anfechtungsrechts kommt, oder b) so, daß man die Uebertragbarkeit bejaht, also zu einem ipso jure-Uebergang kommt. 2. sind angreifbar die Ausführungen der herrschenden Meinung hinsichtlich der Wirkungen der Trennung, insbesondere hinsichtlich der nunmehr durch die Anfechtung ausgelösten Folgen.

Zu 1b: Diese Auffassung wird z. B. für einen Teil der in Frage kommenden Fälle auf Grund des § 417 BGB. vertreten von Seckel (a. a. O. insbes. S. 224, ablehnend dagegen S. 226, 227), Oertmann (1g αδδ zu § 399). Diese Auffassung beruht auf dem Nichterkennen des Anfechtungsrechts als eines eigenwertigen subjektiven Rechts. Gegen die praktischen Auswirkungen sprechen zudem entscheidend die

Gründe, die unten aufzuführen sind bei Erörterung der Frage, ob etwa der Uebergang des Gestaltungsrechts im Zweifel als im Sinne der Parteien gelegen anzusehen ist.

Zu 1 a: Diese Ansicht ist, soviel ich sehe, nirgends vertreten. Es wäre auch unverständlich, warum die Ablösung des Schuldverhältnisses z. B. bei Uebertragung des Handelsgeschäfts die Wirkung haben sollte, dem Betrüger seine Beute zu sichern. — Die Feststellung dieser Möglichkeit der Trennung läßt die Frage noch offen, ob eine solche Trennung zwar möglich, aber doch im Zweifel zu verneinen ist, d. h. ob der Uebergang des Anfechtungsrechts auf den Nachfolger in die anfechtbare Rechtslage im Zweifel als im Sinne der die Nachfolge hervorrufenden Parteien gelegen anzusehen ist. Für die Bejahung bedürfte es besonderer Gründe, die bei Fehlen einer gesetzlichen Vorschrift nur der Interessenlage entnommen werden könnten.

α) Die Forderung aus einem Kaufvertrag ist zediert. Der Anfechtungsberechtigte hat noch ein genau so großes und berechtigtes Interesse anzufechten, wie vorher. Zweifel können höchstens dann bestehen, wenn die Zession nach erlangter Kenntnis vom Irrtum oder von der Täuschung erfolgt, einmal, weil beim Irrtum die Anfechtung unverzüglich erfolgen muß, zum anderen weil man in diesem Verhalten einen stillschweigenden Verzicht auf das Anfechtungsrecht erblicken könnte. Beide Bedenken hängen nicht mit dem Wesen der Sache zusammen, sondern entspringen mehr tatsächlichen Zufälligkeiten, die hineinspielen k ö n n e n. Z. B. der Verkäufer entdeckt, daß er durch einen Schreibfehler eine andere als die beabsichtigte, unverhältnismäßig wertvollere Sache verkauft hat, die (durch seinen Erfüllungsgehilfen) schon geleistet ist. Jetzt braucht er notwendig Geld. Der Aufenthalt des Käufers ist ihm momentan nicht bekannt, der Weg nach § 132 BGB. zu langsam. Der Wert der hingegebenen Sache fehlt aber in seinem Vermögen. Er verwertet darum den Anspruch aus dem anfechtbaren Vertrage. Hier sind beide Bedenken durch die tatsächlichen Voraussetzungen ausgeschaltet. Vor allem aber wird es zahlreiche Fälle geben, in denen zur Zeit der Zession von der Existenz des Anfechtungsrechts dem Zedenten nichts

bekannt ist. Andrerseits fehlt beim Zessionar das berechtigte Interesse. Das Interesse ist schon nicht sehr naheliegend, weil unmittelbar ja nur ein Rechtsverlust eintritt, aber immerhin nicht undenkbar wegen mittelbar neu entstehender Ansprüche. Aber es ist kein berechtigtes. Das Anfechtungsrecht ist nicht dazu da, einen Vorteil zu gewähren, sondern einen durch Irrtum usw. entstandenen Nachteil auszugleichen[72]). Ein solcher Nachteil liegt beim Zessionar nicht vor. Da er fehlt, ist kein Grund vorhanden, das Anfechtungsrecht ipso jure übergehen zu lassen. Wenn einmal ein solcher Nachteil vorliegt, hat der Zessionar auch ein Anfechtungsrecht, aber nicht ein übergegangenes, sondern auf Grund eines eigenen Tatbestandes ein neuentstandenes. Dies besteht dann gegenüber der aus der anfechtbaren Handlung entsprungenen Rechtswirkung; das kann sein der Rechtsübergang oder das Kausalverhältnis hierzu zwischen ihm und dem Zedenten, aber nie das zedierte Recht; denn das bestand schon vorher.

β) Bei der Schuldübernahme ist die Begründung entsprechend. Der frühere Schuldner hat ein Interesse an der Beseitigung der Wirkungen des Rechtsgeschäfts. Allerdings handelt es sich hier ja nur um unmittelbare Wirkungen, nämlich darum, daß er — wenigstens in der Regel — einen Wert hingeben mußte, um die unmittelbare Wirkung, die Schuld, loszuwerden. Er erhält nach unserer Auffassung jetzt einen Ausgleich dadurch, daß er in der obligatorischen Beziehung, in der er früher schuldete, jetzt Gläubiger wird (vgl. oben S. 81, Fall 3 a; der Anfechtungsberechtigte, welchem die Schuld abgenommen ist, hat die gleiche Position wie in jenem Falle der X). Der Uebernehmer hat andererseits zwar ein Interesse, frei zu werden von seiner Schuld, aber kein berechtigtes.

γ) Eine Uebertragung des Schuldverhältnisses als Ganzes durch einen einheitlichen Vorgang kennt unser Gesetz nach

---

72) Allerdings stellt es, welche Auffassung wir bisher wenigstens nicht abgelehnt haben, einmal entstanden, auch einen selbständigen Vermögenswert dar, der daher übertragbar ist. Aber damit es ipso jure übergeht, muß eben mehr, ein besonderes Bedürfnis vorliegen. Dies kann nur das gleiche sein, welches das Anfechtungsrecht überhaupt entstehen läßt.

herrschender Meinung nicht, es können vielmehr nur atomistisch die sämtlichen aus dem Schuldverhältnis hervorgegangenen Rechtspositionen übertragen bzw. übernommen werden [73]). Aber auch wenn auf diese Weise ein Uebergang des gesamten Schuldverhältnisses erzielt werden soll, kommt ein ipso jure-Uebergang des Anfechtungsrechts jedenfalls nicht immer in Frage (a. A. anscheinend Seckel a. a. O. S. 228). Man kann nicht allgemein sagen, daß hier der ursprüngliche Teilhaber am Schuldverhältnis ohne Interesse an der Anfechtung ist, weil keine Wirkungen aus demselben für ihn mehr da seien. Es können mittelbare Wirkungen da sein. Es kann von der einen oder der anderen Seite außer der Uebertragung bzw. Uebernahme noch eine Mehrleistung gemacht sein. Weiter fehlt jedenfalls ein schutzwürdiges Interesse auf Seiten des Uebernehmers. Wenn er selbst irrt, kann er ja anfechten auf Grund des Verhältnisses zum Uebertragenden. Weiß er Bescheid, mag er sich das Gestaltungsrecht besonders übertragen lassen. Es wäre ein Trugschluß, wollte man sagen: Die Parteien wollen alle Wirkungen des Schuldverhältnisses übergehen lassen, also auch das Gestaltungsrecht. Denn dies Gestaltungsrecht ist nicht eine Folge des Schuldverhältnisses allein. Letzteres ist vielmehr nur ein Teil seines Tatbestandes [74]). Wohl aber können, wenn auch ein ipso jure-Uebergang allgemein abzulehnen ist, doch besondere Umstände auf einen Willen der Parteien, daß das Anfechtungsrecht übergehen soll, schließen lassen, was dann den Uebergang zur Folge hat. Z. B. in dem oben erwähnten Falle der Uebertragung eines ganzen Handelsgeschäfts. Hier ist das Anfechtungsrecht zwar auch nicht Teil des Schuldverhältnisses, wohl aber Teil des Geschäftsvermögens, welcher Inbegriff Gegenstand der Uebertragung ist und daher den Umfang des Uebertragenen im Einzelnen bestimmt.

---

73) Neuerdings finden sich Angriffe gegen diese Lehre; näheres siehe bei Siber, Iherings J. 70, S. 294 ff. und Demelius, Iherings J. 72, S. 241 ff.

74) Besonders gelagert können die Fälle sein, in denen eine Schenkungscausa zugrundeliegt. Es erscheint unzweckmäßig von diesen Ausnahmefällen auszugehen, was Seckel tut.

Zu 2[75]): Weiter ist zu prüfen nach der Möglichkeit der Trennung die Wirkung der Trennung. Eine Veränderungen erzeugende Wirkung wäre denkbar 1. hinsichtlich der Voraussetzungen des Anfechtungsrechts, 2. hinsichtlich der Wirkungen der nunmehr erfolgenden Anfechtung. In beider Hinsicht verneint die herrschende Lehre eine Veränderung.

Was die Voraussetzungen anbetrifft, so könnte man daran denken, eine Theorie aufzustellen dahin, daß derjenige, der Forderung oder Schuld übertragen hat, anfechten kann nur mit Zustimmung dessen, dem er übertragen hat. Eine solche Theorie vertritt Hellwig (Verträge auf Leistung an Dritte, S. 304 ff.), wobei er sehr zutreffend auf die Aehnlichkeit der Lage beim Vertrag zugunsten Dritter aufmerksam macht), für das Rücktrittsrecht. Es wäre aber m. E. von seinem Standpunkte aus nur konsequent, wenn er seine Theorie auch auf das Anfechtungsrecht ausdehnen würde. Das tut ausdrücklich Planck-Siber (4a zu § 398). Sämtliche Argumente, die Hellwig gegen die herrschende Lehre anführt, könnte er auch hinsichtlich der Anfechtung anführen. Aber sie sind nicht stichhaltig. Er befürchtet einmal Widersprüche auf den Wegen der herrschenden Lehre. Es könne dann vorkommen, daß z. B. der Zedent zurücktrete, der Zessionar dagegen Erfüllung und Ersatz wegen Schlechterfüllung oder aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange. Für das Anfechtungsrecht müßte Hellwig dieselbe Kollission befürchten, wenn der Zessionar an seinem Recht festhalten, der Zedent dagegen die genannte Rechtswirkung des Vertrages vernichten will. Die herrschende Meinung zerhaut den Knoten, indem sie das Bestreben des Zessionars für unerheblich erklärt. Die Anfechtung (bzw. der Rücktritt) beseitigten die Wirkungen des Rechtsgeschäfts in jeder Beziehung. In gleich kategorischer Weise stellt man sich umgekehrt auf die Seite des Schuldübernehmers, wenn man behauptet, daß auf ihn nach § 404 das Anfechtungsrecht ipso jure übergehe. Vom Standpunkt der unten darzulegenden Theorie der relativen Wirkung sowie der dargestellten Theorie vom materiellen Gehalt des Anfech-

---

75) S. oben S. 83.

tungsrechts (bzw. Rücktrittsrechts) kommen vermöge der von diesen Theorien angenommenen Wirkungen der Anfechtung die Interessen beider Beteiligten zu ihrem Recht. Bei ersterer beeinflußt die Anfechtung den durch die Abtretung verselbständigten Anspruch nicht (bzw. den sich aus demselben entwickelnden Schadensersatzanspruch). Bei letzterer bleibt der Anspruch auch bestehen, nur wechselt die Person des Schuldners. Ferner meint Hellwig, es wäre widersinnig, dasselbe Rechtsverhältnis einem Beteiligten gegenüber als gültig, einem anderen gegenüber als ungültig zu behandeln. Daß dies auch die Meinung des Gesetzes sei, beweise § 356. Allein die logische Notwendigkeit ist nicht anzuerkennen. Daß das Gegenteil nach unserem Gesetz möglich ist, zeigt z. B. folgender Fall. Ein simuliertes Recht wird teilweise abgetreten, und zwar so, daß der Tatbestand des § 405 erfüllt ist. Dann ist dasselbe Rechtsverhältnis, d. h. die Wirkung des Rechtsgeschäfts, dem einen, dem Zedenten gegenüber nicht vorhanden, dem anderen, dem Zessionar gegenüber dagegen vorhanden. Kommt es aber darauf an, ob man in § 356 eine positiv-rechtliche Festlegung der Zustimmungstheorie erblicken kann, oder wenigstens die Ablehnung einer relativen Wirkung, so erscheint dies bedenklich, da in dem für uns in Rede stehenden Falle die verschieden zu behandelnden Personen von vornherein nicht die gleichartige Stellung im Schuldverhältnis haben; es werden Gläubiger und Schuldner verschieden behandelt, während § 356 die verschiedenartige Behandlung mehrerer Gläubiger (bzw. Schuldner) verbietet. Die weiteren Bedenken, die Planck-Siber (1b zu § 399) gegen die Anfechtung ohne Zustimmung äußert, werden ebenfalls hinfällig mit der Ablehnung der von ihm in Gemeinschaft mit der herrschenden Lehre angenommenen Wirkungen der Anfechtung. Die Zustimmungstheorie könnte nur in Frage kommen, wenn es keinen anderen Weg gäbe, den Unbilligkeiten der herrschenden Lehre zu entgehen. Denn sie hat gegenüber den beiden unten zu behandelnden Theorien den großen Nachteil, daß sie den Rücktrittsberechtigten bzw., was noch weit schlimmer wäre (weil dieser vielleicht in Unkenntnis des Anfechtungsrechts zediert hat), den Anfechtungsberechtigten auf

das freiwillige Entgegenkommen des Zessionars verweist und so des ersteren Interessen nicht genügend berücksichtigt. Will man aber mit Hellwig (a. a. O. S. 307) ein Recht auf die Zustimmung konstruieren, so ist man wieder gerade so weit, wie wenn die Zustimmung überhaupt nicht nötig wäre, es sei denn, daß der Zedent das Recht auf Zustimmung nur haben soll, wenn er die Schuld des Anfechtungsgegners erfüllt. Dann ist aber der Dritte aus dem Rechtsverhältnis ausgeschieden, und es bedarf seiner Zustimmung überhaupt nicht mehr. Demnach kann der ursprüngliche Vertragsteil weiter von sich aus, d. h. ohne Mitwirkung des Zessionars oder Uebernehmers, anfechten.

Jetzt sind noch weiter zu prüfen die Wirkungen der nunmehr[76]) erfolgenden Anfechtung. Die herrschende Meinung sagt: Die Anfechtung vernichtet sämtliche eingetretenen Wirkungen des Rechtsgeschäfts; so Fontheim, Das Anfechtungsrecht des Bürgerlichen Rechts, S. 73; Oertmann 2 b β zu § 142, ferner auch die Anhänger der Zustimmungstheorie: Hellwig a. a. O. S. 291 f., 308, und Planck-Siber 1 b zu § 399, z. T. auch Seckel a. a. O. S. 226. Die Forderung gehe über in dem gebrechlichen Zustande, in dem sie sich zufolge der Anfechtungsmöglichkeit befinde. Die Vernichtbarkeit sei eine Eigenschaft des ganzen Schuldverhältnisses, die sich auf die einzelnen Ansprüche aus demselben übertrage. Diese Lehre bedarf mindestens noch einer Ergänzung, die ich nirgends gefunden habe. Man muß dann nämlich analog § 122 BGB. annehmen, daß dem Zessionar bzw. Schuldübernehmer das negative Interesse zu ersetzen ist. Es kann leicht der Fall sein, daß dieser schon Aufwendungen zur Einziehung oder Erfüllung gemacht hat. Aber es ist zu erwägen, ob nicht die herrschende Lehre überhaupt abzulehnen ist. Man könnte daran denken, folgende Theorie aufzustellen[77]): Die Forderung wird durch die Uebertragung in gewissem Sinne verselbständigt, zu einem objektiven (vom Subjekt

76) D. h. nach Trennung von Anfechtungsrecht und anfechtbarer Rechtslage durch Uebertragung letzterer.

77) Man könnte sie Theorie der relativen Wirkung nennen. In der Richtung dieser Theorie ging früher Planck für den

losgelösten) Vermögenswert gemacht (entsprechend die Schuld). Es kann noch angefochten werden, aber nur noch mit der gleichen Wirkung, wie wenn erfüllt und der Erfüllungsgegenstand übertragen wäre. Das bedeutet: die Anfechtung bewirkt, daß die ungerechtfertigte Bereicherung zu erstatten ist. Für das Rücktrittsrecht kommt eine solche Theorie sowohl für den Fall, daß der Gestaltungsgegner seine Rechtspositionen übertragen hat bzw. hat übernehmen lassen, als auch für den Fall, daß der Gestaltungsberechtigte die Rechtspositionen, in denen er sich auf Grund des dem Rücktritt ausgesetzten Schuldverhältnisses befindet, übertragen hat bzw. hat übernehmen lassen. Für das Anfechtungsrecht ist sie für den ersteren Fall zweifellos ausgeschlossen; die Anfechtung wirkt zweifellos gegen den Rechtsnachfolger des Anfechtungsgegners. Eher könnte man für den zweiten Fall an eine solche denken, zumal § 123 Abs. 2 Satz 2 BGB. zeigt, daß dem Gesetz der Gedanke der Einschränkung der Wirksamkeit der Anfechtung gegen Dritte in deren Interesse nicht unbekannt ist. Denn der Stellung als Zedent widerspricht es, wenn dieser das Recht seines Zessionars durch die Anfechtung zerstört. Der Begründungssatz der herrschenden Meinung, daß das zedierte Recht eben gebrechlich sei (§ 404 BGB.), hilft darüber nicht hinweg. Es fragt sich, ob es dem Zedenten zusteht, diese Eigenschaft der zedierten Forderung wirksam werden zu lassen. In allen Fällen aber, wo die Theorie der relativen Wirkung überhaupt in Frage kommt, entsprechen die Resultate, die wir mit der Theorie vom materiellen Gehalt des Anfechtungsrechts erzielen würden, mehr den Gedanken des Gesetzes insofern, als dann die Anfechtung bzw. der Rücktritt Verfügungswirkung hätten, wo sie nach der Theorie der relativen Wirkung nur Verpflichtung zu einer entsprechenden Verfügung bewirken würden. Beispiel: A hat ein Recht zur Anfechtung eines mit B geschlossenen Schuldverhältnisses und hat dem X seine Forderung zediert. Durch

---

Parallelfall beim Vertrag zugunsten Dritter vor, für den Fall des Rücktritts-, nicht des Anfechtungsrechts; er hat diese Auffassung allerdings unter dem Einfluß Hellwigs in der 3. Aufl. 4 bγ zu § 335 BGB. aufgegeben.

die Anfechtung gelangt er in die Rechtsposition des B, wird somit Schuldner der zedierten Forderung; Zustimmung des X wäre hier wohl nicht erforderlich. Oder: A hat das Rücktrittsrecht in seinem Schuldverhältnis zu B; X hat die Schuld des A übernommen. Mit dem Rücktritt fällt die Forderung des B gegen X an A. Die Theorie der relativen Wirkung könnte hier nur eine Verpflichtung des B entstehen lassen, seine Forderung gegen X auf A zu übertragen (weil diese, wenn sie bestehen bleibt, eine „empfangene Leistung" im Sinne von § 346 wäre).

Nachdem wir solange untersucht haben, wie eine materielle Uebertragung des Anfechtungsrechts sich auswirken würde und welche Bedeutung der damit angenommene Charakter des Anfechtungsrechts auch für den Fall der Uebertragung der anfechtbaren Rechtslage haben würde, können wir nunmehr untersuchen, ob derartigen Rechtssätzen, wie sie sich im Interesse der Durchführung des Prinzips des § 413 ergeben würden, die Regeln, die unser BGB. im besonderen gerade für das Anfechtungsrecht gibt, entgegenstehen. Für die Feststellung solcher Regeln kommt vor allem § 142 BGB. in Frage, der bestimmt, daß das angefochtene Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Hiermit ist die sog. dingliche Wirkung des Anfechtungsrechts zum Ausdruck gebracht. Das Wort dinglich wird in den verschiedensten Bedeutungen gebraucht. In diesem Zusammenhang kann es sich je nachdem um die Antwort auf folgende Fragen handeln:

1. Wie wirkt Anfechtung eines Schuldvertrages auf die noch nicht erfüllten Verpflichtungen?
2. Wie wirkt die Anfechtung eines Schuldvertrages auf die zu seiner Erfüllung vorgenommenen Verfügungen?
3. Können auch Verfügungen angefochten werden?
4. Wirkt die Anfechtung auch gegen die Rechtsnachfolger der Personen, gegen die es auf Grund der Beantwortung der Fragen 1—3 wirken würde?

Man pflegt einmal damit sagen zu wollen, daß die Anfechtung den Zustand, der vor Vornahme des angefochtenen Rechtsgeschäfts bestand, unmittelbar wieder herstellt, nicht nur eine Verpflichtung zu seiner Wiederherstellung schafft.

Das ergibt die Antwort auf Frage 1: Wegfall der Verpflichtungen, nicht nur Entstehung einer Einrede. Es ergibt auch die Antwort auf Frage 2, indem es nämlich ausdrücken soll, daß unter Umständen mit dem Verpflichtungsgeschäft auch das es erfüllende Verfügungsgeschäft hinfällig wird, sofern nämlich beide auf einer anfechtbaren Erklärung beruhen. Oder drittens soll überhaupt nur darauf hingewiesen werden, daß auch Verfügungen der Anfechtung ausgesetzt sein können. Das alles steht offenbar mit der materiellen Uebertragung nicht in Widerspruch. Viertens will man damit sagen zwar nicht, daß das Anfechtungsrecht sich wie beim dinglichen Recht im fünften eigentlichen Sinne (des absoluten Klagschutzes) gegen jedermann richtet (wie z. B. das Eigentum), aber daß es sich nicht nur gegen den Vertragsgegner des Anfechtungsberechtigten, sondern auch gegen dessen jeweiligen Rechtsnachfolger in den einzelnen ihm aus dem Vertrage erwachsenen Rechtspositionen richtet. Auch das würde der materiellen Uebertragung des Anfechtungsrechts noch nicht entgegenstehen, sondern nur bedeuten, daß z. B. der Zessionar des Rechts zur Anfechtung einer Uebereignung das Eigentum auch von jemandem, der es durch Weiterveräußerung vom Vertragsgegner erworben hat, durch die Anfechtung herauserlangen kann oder z. B. in das Forderungsrecht des Zedenten des Vertragsgegners durch die Anfechtung einrückt. Trotz alledem ist es ziemlich sicher, daß der Charakter, den wir dem Anfechtungsrecht mit den oben entwickelten Sätzen geben würden, nicht dem Vorstellungskreise unseres BGB. entspricht. Das zeigen die Motive Bd. I, S. 219, für den Fall der Uebertragung der anfechtbaren Rechtslage, indem sie auch für den Zedenten des Anfechtungsberechtigten Verlust seines Rechts infolge der Anfechtung annehmen. Von der Uebertragung des Anfechtungsrechts steht überhaupt nichts in den Materialien, offenbar deshalb, weil sie dem Gesetzgeber so fern lag, daß er überhaupt nicht an sie dachte. Dieser Denkweise des Gesetzgebers entsprechend finden wir in dem angeführten Inhalt des § 142 noch eine weitere Wirkung der Anfechtung angeordnet, die nun wirklich mit den oben aufgestellten Sätzen in Widerspruch steht. Das Gesetz

will, daß nach der Anfechtung formell keine Wirkungen des angefochtenen Geschäfts mehr vorhanden sind, während infolge der materiellen Uebertragung sie nur dem praktischen Resultat nach rückgängig gemacht sind. Nach dieser Theorie vom materiellen Gehalt würden in den Fällen, in denen das anfechtbare Rechtsgeschäft Rechte hatte entstehen lassen (z. B. Forderungsrechte oder etwa einen Nießbrauch), diese auch nach der Anfechtung weiter bestehen und ihre Grundlage würde das angefochtene Rechtsgeschäft sein, von dem das Gesetz will, daß es als nichtig d. h. als ohne jede Wirkung angesehen werde. In diesem Sinne kann man das Anfechtungsrecht ein Vernichtungsrecht nennen. Die Wirkung der Vernichtung ist ihm eigen ohne Rücksicht darauf, ob es, was die subjektiven Rechte der Beteiligten, insbesondere des Anfechtungsgegners betrifft, Erwerbs- oder Vernichtungswirkung hat, mit welcher Frage sich Seckel[78]) beschäftigt. Gemeint ist nicht Vernichtung subjektiver Rechte, sondern Vernichtung des Rechtsgeschäfts. „Vernichtung des Rechtsgeschäfts" ist allerdings nur ein Bild. Das Wesen des „Könnens" besteht in der Möglichkeit, Veränderungen in der konkreten Rechtswelt hervorzurufen. In dieser finden sich als Vorhandenes, das beseitigt werden könnte, nicht das Rechtsgeschäft vor, sondern höchstens Wirkungen desselben, wenn es nämlich Rechte hat entstehen lassen. Aber es ist ein geeigneter Sammelausdruck dafür, was für Wirkungen das Recht in der konkreten Rechtswelt will. Möglich ist, daß sich das Gesetz in seiner Anordnung, welche die materielle Uebertragung ausschließt, durch die unrichtige Vorstellung hat beeinflussen lassen, es würde tatsächlich das Rechtsgeschäft vernichtet. Dies kann nichts daran ändern, daß es eine solche Anordnung getroffen hat. Diese Anordnung schließt die materielle Uebertragung auch in den Fällen aus, in denen das anfechtbare Rechtsgeschäft nicht die Entstehung von Rechten zur Folge hatte, sondern z. B. eine Uebereignung war. Hier würde der Anfall des Eigentums an den Zessionar auch nur in Grundlage des anfechtbaren Geschäfts erklärlich sein.

78) Vgl. a. a. O., insbesondere S. 212.

Denn zwischen Zedent und Zessionar hat keine Einigung und Uebergabe stattgefunden. Wäre die anfechtbare Uebereignung außerdem noch wegen plötzlicher Störung der Denktätigkeit beim Uebereignenden nichtig gewesen, hätte der Zessionar nie ohne Einigung und Uebergabe (noch deutlicher ist dies, wenn Eintragung erforderlich ist) Eigentum erlangen können. Es soll aber so angesehen werden, wie wenn das Geschäft nichtig gewesen wäre. Man nennt diese Wirkung der Anfechtung auch Rückwirkung (ex tunc-Wirkung). Diese hat ihre Grenzen, wie oben (S. 76) gezeigt. Man könnte erwägen, ob eine solche nicht auch zu Gunsten der Uebertragbarkeit zu machen wäre und dafür etwa anführen, daß die Uebertragbarkeit das höhere rechtspolitische Prinzip darstelle. Der Gedanke der lex specialis hilft nicht recht weiter. Man kann ebenso gut sagen: § 142 ist lex specialis, weil § 413 von allen Gestaltungsrechten spricht, § 142 dagegen nur vom Anfechtungsrecht, wie: § 413 ist lex specialis, weil § 142 alle Wirkungen der Anfechtung regelt, § 413 dagegen nur die Wirkung der Anfechtung in einem besonderen Fall. In solchem Zweifelsfalle wird man die Anschauungen des Gesetzgebers ausschlaggebend sein lassen dürfen. Ferner wird damit, daß wir aus dem dargelegten Gesichtspunkt heraus das Anfechtungsrecht für unübertragbar erklären, ein bestimmtes Ergebnis als zum wesentlichen Inhalt dieses Rechts gehörend erklärt. Nach § 399 soll nun aber der Inhalt des Rechts für die Uebertragbarkeit, nicht die Uebertragbarkeit für den Inhalt bestimmend sein. Außer dieser positiven Regelung spricht aber auch ein innerer rechtspolitischer Gesichtspunkt gegen die materielle Uebertragbarkeit: das Anfechtungsrecht ist auch in Fällen gegeben, in denen es überhaupt keinen Vermögenswert bedeutet (Beispiel: Anfechtbarkeit des Eigentumserwerbs). Aus diesem, sowie daraus, daß das Gesetz in Fällen, wo das Anfechtungsrecht an sich geeignet wäre, als Vermögenswert angesehen zu werden, durch Anordnung von die Uebertragung ausschließenden Wirkungen, auf diesen Charakter augenscheinlich kein Gewicht legt, ist zu schließen, daß das Anfechtungsrecht vom Gesetz überhaupt nicht geschaffen ist, um

ein Vermögensinteresse des Berechtigten zu befriedigen, sondern um das immaterielle Interesse der Berechtigten zu befriedigen, daß nicht ein Rechtsgeschäft als das seine gegen seinen wahren Willen anerkannt und ihm so eine Willensbeugung angetan werde. Außerdem beruht das Institut der Anfechtbarkeit auf dem Willensdogma (s. Mot. I, S. 204). Durch die Nichtanfechtung wird sozusagen der fehlende Wille nachträglich beigebracht. Wie der Wille jemandes, der bei dem mangelhaften Rechtsgeschäft nicht beteiligt war, hier sollte eine Rolle spielen können, ist nicht ersichtlich. Dafür spricht vor allem auch, daß das BGB. für das Anfechtungsrecht keinen gewöhnlichen Verzicht, sondern die Bestätigung kennt (§ 144), bei der, wie § 141 Abs. 1 zeigt, gerade an den, der das Geschäft vorgenommen hatte, gedacht ist. Im Ergebnis können wir uns daher der Auffassung von Planck-Siber und Oertmann anschließen, daß das Anfechtungsrecht überhaupt unübertragbar sei. Man kann sie auch nicht wenigstens in den Fällen für zulässig erklären, in denen auch in der Person des Zessionars Wirkungen der Anfechtung eintreten (so Kreß a. a. O. S. 434/435) oder in denen alle Wirkungen in der Person des Zessionars eintreten (s. Seckel a. a. O.)[79]). Dies wären nur Gesichtspunkte dagegen, daß eine formelle Uebertragung vorliege. Eher könnte man daran denken, eine Ausnahme zuzulassen deshalb, weil insofern gleichartige Wirkungen eintreten, als diese ebenfalls eine „Vernichtung des Rechtsgeschäfts" darstellen, welches Erfordernis in den Seckelschen Fällen, soweit sie anfechtbare Schuldverhältnisse betreffen, ebenfalls erfüllt ist, soweit sie zugleich einen Vermögenswert für den Zessionar darstellen, indem er von einer Schuld befreit wird. Man könnte vielleicht sagen wollen, daß das Anfechtungsrecht, soweit es Vermögenswert sei, sofern nicht eine positive Anordnung entgegenstehe, auch als Vermögensrecht gewollt sei. Aber einer solchen Annahme steht entgegen, daß diese Anordnung kein Zufall ist, sondern dem vom Gesetz gewollten Zweck,

---

79) Uebrigens ist dies ja auch, wie oben S. 71 gezeigt, gar nicht der Fall.

Aufrechterhaltung des Willensdogmas, entspricht, wegen dessen eben nicht nur ein zum Ausgleich von Vermögensschaden bestimmtes Vermögensrecht gegeben ist. Eine solche Durchbrechung des einheitlichen Prinzips liegt nicht im Sinn des Gesetzes, zumal es sich nach Ablehnung des ipso jure-Ueberganges um ganz singuläre Fälle handeln würde. Damit kommen im wesentlichen nur noch die Fälle in Frage, in denen der Anfechtungsberechtigte sein Recht kennt. Dieser Kreis von Fällen wird weiter dadurch für eine Uebertragung ungeeignet gemacht, daß in den Fällen des § 119 eine Uebertragung in der Regel keinen vernünftigen Sinn hat. Denn mindestens muß der Zessionar nun beschleunigt anfechten, wenn er nicht sein Recht nach § 121 verlieren will. Dann hat es aber keinen Zweck, daß er sich die anfechtbare Rechtslage übertragen läßt. Entweder legt er auf diese Wert. Dann hat das Anfechtungsrecht für ihn kein Interesse, oder er tut das nicht. Dann braucht er ja gar nicht erst in sie einzutreten. Einen vernünftigen Sinn hätte die Doppelzession nur in den Fällen des § 123, indem infolge der Jahresfrist des § 124 das Anfechtungsrecht praktisch wie ein Rücktrittsrecht wirkt; es ist nicht sehr wahrscheinlich, daß das Gesetz auf die Möglichkeit der Verwendung als Rücktrittsrecht solchen Wert gelegt hätte, wenn es an die Frage der Uebertragbarkeit gedacht hätte, daß es seine prinzipielle Einstellung durchbrochen hätte. Es gibt m. E. nur einen einzigen Fall, wo ein praktisches Bedürfnis nach Uebertragbarkeit des Anfechtungsrechts besteht, nämlich den, daß ein Geschäftsbetrieb im Ganzen übertragen wird und das Anfechtungsrecht sich auf ein Vertragsverhältnis bezieht, das in der Kalkulation der das Geschäft übertragenden Parteien einen unerheblichen Posten ausmacht. Der Zedent hat hier kein Interesse mehr, anzufechten. Wenn der Zessionar nicht anfechten könnte, würde dies einen unbegründeten Vorteil des Anfechtungsgegners bedeuten. Soweit das Gesetz eine solche Geschäftsübertragung begünstigen will (§ 25 HGB.), hätte es, wenn es an die Uebertragung des Anfechtungsrechts gedacht hätte, höchstwahrscheinlich hier eine Ausnahme von der Unübertragbarkeit zugelassen. Der sich aus den Motiven

ergebende Generalklauselcharakter des § 413 berechtigt uns, hier ausnahmsweise eine Uebertragung des Anfechtungsrechts zuzulassen, ohne gegen die Erforderlichkeit der Zulassung zu verstoßen. Da das Anfechtungsrecht nicht bestimmt ist, ein Vermögensrecht zu sein, kann von einem ipso jure-Uebergang desselben in dem Falle, daß sich die ganze anfechtbare Rechtslage von dem Anfechtungsberechtigten abgelöst und das „Können" daher nur noch in fremder Rechtssphäre seine Wirkung entfaltet, keine Rede sein. Nur vom vermögensrechtlichen Standpunkte würde ein solches Recht des vernünftigen Sinnes entbehren. Daher geht insbesondere nicht, wie Oertmann (1g ℌℌ zu § 399) meint, das Recht die Nießbrauchsbestellung anzufechten, auf den, an welchen die Sache nach der Nießbrauchsbestellung übereignet ist, über. Umgekehrt kommen daher eventuell die Vermögensinteressen des Anfechtungsberechtigten nicht zu ihrem Recht. So hat im genannten Falle den Vorteil von der erfolgten Anfechtung der neue Eigentümer; einen Bereicherungsanspruch zu geben, erscheint bedenklich. Aehnliches zeigt folgender Fall. Dem Anfechtungsberechtigten ist gegen Entgelt von X seine Schuld abgenommen. Dann kann nach herrschender Meinung der Urschuldner mit der Wirkung anfechten, daß er seine Forderung verliert und der Uebernehmer frei wird (so z. B. Warneyer I zu § 417, Staudinger III 1 zu § 417). Man ist der Ansicht (vgl. Staudingers Begründung a. a. O.), daß die Interessen des Urschuldners verlangen, daß ihm die Möglichkeit der Anfechtung mit solcher Wirkung erhalten bleiben. Das sind aber nicht die Vermögensinteressen. Tatsächlich hat bei den unmittelbaren Wirkungen der Anfechtung, die die herrschende Meinung, der wir uns angeschlossen haben, annimmt, diese Möglichkeit überhaupt keinen Vermögenswert für ihn. Denn das dem Uebernehmer geleistete Entgelt bekommt er doch nicht zurück. Einmal käme in Frage, ob der Fall nicht dem nachträglichen Untergang der geleisteten Sache gleichzustellen ist. Selbst wenn man dies verneint, hat doch der Gläubiger die Unmöglichkeit der Leistung für den Schuldner der Schuldübernahme vorsätzlich herbeigeführt.

§ 11.

Aehnlich der Rechtslage beim Anfechtungsrecht ist die Situation bei einer Anzahl weiterer Gestaltungsrechte. Zunächst kommt hier das schon im vorigen Paragraphen wiederholt erwähnte Rücktrittsrecht in Frage. Auch hier hätte die (materielle) Uebertragbarkeit die gleichen Auswirkungen wie beim Anfechtungsrecht. Nur daß hier natürlich nur Schuldverhältnisse und nicht Wirkungen sonstiger Verträge als Gegenstand der Gestaltung in Frage kommen. Auch hier finden wir die der materiellen Uebertragung entgegenstehende positive Anordnung des Gesetzes. Im Gegensatz zum Anfechtungsrecht pflegt man zu sagen [80]), habe der Rücktritt nur persönliche Wirkung, nämlich nur gegenüber dem Mitkontrahenten, keine dingliche Wirkung. Hier machen sich die verschiedenen Bedeutungen des Wortes „dinglich" wieder störend bemerkbar. Oertmann a. a. O. will damit nur sagen, daß durch den Rücktritt nicht die zur Erfüllung des Vertrages, von dem zurückgetreten wird, vorgenommenen Verfügungen hinfällig werden, was sicher richtig ist, aber beim Anfechtungsrecht ebenso ist, solange nicht auch hinsichtlich der Verfügung ein Anfechtungsrecht besteht. Letzteres kann allerdings beim Rücktrittsrecht nicht vorkommen, weil es keinen Rücktritt von Verfügungsgeschäften gibt und der Rücktritt vom Verpflichtungsgeschäft auf das Erfüllungsverfügungsgeschäft einflußlos ist. Es handelt sich also hier um die „dingliche" Wirkung in dem oben geschilderten zweiten und dritten Sinne. Dagegen will Oertmann hiermit nicht die Dinglichkeit im Sinne der Wirkung gegen den jeweiligen Inhaber gewisser Rechtspositionen ausschließen, wie seine Ausführungen an anderer Stelle beweisen. Auch das Forderungsrecht dessen, dem die Forderung aus dem Vertrage, von dem zurückgetreten wird, zediert ist, soll erlöschen [81]), ebenso wie bei der Anfechtung, so daß jedenfalls vor Erfüllung des dem Rücktritt ausgesetzten Vertrages die Wirkung des Rücktritts genau dieselbe

80) z. B. Oertmann 4 vor § 346.
81) Seuff. Bl. N. F. Bd. 69, S. 70.

wäre wie die einer Anfechtung. In dieser Beziehung wäre das Rücktrittsrecht in gleicher Weise dinglich geartet[82]) wie etwa das Vorkaufsrecht der §§ 1094 ff. oder die Hypothek, insofern sie sich gegen den jeweiligen Eigentümer richten. Der absolute Klagschutz ist hier ganz sekundär. Er macht nicht wie beim Eigentum das Wesen der „Dinglichkeit" aus, sondern wird gewährt, weil das Recht ein „dingliches" ist (vgl. Enneccerus a. a. O. II 1 § 138 II). Ob diese letztgenannte dingliche Wirkung dem Rücktrittsrecht zuerkannt werden kann, erscheint zweifelhaft. Wollte man das verneinen, so würde sich hier eine praktische Anwendung der oben entwickelten Sätze über den materiellen Gehalt des Rücktrittsrechts ergeben. Hat z. B. der Rücktrittsberechtigte seine Schuld durch den X übernehmen lassen, so bleibt die Forderung des Rücktrittsgegners gegen den X trotz des Rücktritts bestehen; dieser würde aber nicht nur gemäß § 346 zur Abtretung verpflichtet werden, vielmehr die Forderung ipso iure an den Zurücktretenden fallen; denn dies entspricht der direkten Wirkung (vgl. Oertmann 2a vor § 346; sie ist identisch mit der oben genannten ersten Bedeutung der „dinglichen" Wirkung) des Rücktritts vor der Erfüllung, welche die herrschende Meinung annimmt. Allerdings muß man wohl auch hier verneinen, daß die Verfasser des BGB. an solche Wirkungen des Rücktritts gedacht haben. Aber wohl ebensowenig haben sie daran gedacht, daß, wenn keine der Vertragsparteien an einer Forderung mehr beteiligt ist, weil sowohl eine Abtretung als auch eine Uebernahme hinsichtlich derselben erfolgt ist, der Rücktritt auf eine zwischen dritten Personen bestehende Forderung sollte einwirken können. Mag man aber auch annehmen können, daß die Verfasser des BGB. bei Erkenntnis des Problems von ihrem Prinzip, die Wirkungen des Vertrages rückgängig zu machen, eine Ausnahme zugunsten der relativen Wirkung des Rücktritts zugelassen hätten, so hätten sie derartiges doch wohl als unerwünscht empfunden und vermieden, weitere Ausnahmen durch Zulassung der Uebertragung des Rücktritts-

82) Besser würde man sagen, weil es kein Sachenrecht ist: absolut geartet.

rechts zu ermöglichen, vielmehr eher zur Vermeidung solcher den Rücktritt ausgeschlossen. Das dem Anfechtungsprinzip „Vernichtungs des Rechtsgeschäfts" entsprechende Prinzip ist allerdings nicht so klar zum Ausdruck gekommen im Gesetz wie jenes. Immerhin gibt es sich zu erkennen in dem Ausdruck „Rücktritt vom Vertrage", wie er in §§ 325, 326 BGB. vorkommt. Weniger überzeugend scheint es mir, wenn man aus § 346 herauslesen will, daß das Gesetz davon ausgeht, daß das Rechtsgeschäft von Anfang an nichtig sein solle (z. B. RGR. Kom. zu § 346), wo doch gerade hier der Gesetzgeber bewußt die Konstruktionsfrage dahingestellt sein lassen wollte [83]). (Dagegen gelangt hier das Prinzip der relativen Wirkung zum Ausdruck, indem nur von Wirkungen zwischen den Parteien die Rede ist, wobei offenbar an die Vertragsparteien gedacht ist.) Darin, daß der Vertrag beseitigt werden soll, muß man entsprechend der Lage beim Anfechtungsrecht die Bestimmung finden, daß sämtliche Wirkungen des Vertrags beseitigt werden sollen und weiter entsprechend dem vermutlichen Willen des Gesetzgebers eine Ausnahme zu Gunsten der Uebertragbarkeit für ausgeschlossen halten. Man könnte daran denken, einer Annahme der Zulässigkeit materieller Uebertragung des Rücktrittsrechts auch entgegenzuhalten, das Rücktrittsrecht beziehe sich inhaltlich nicht auf die einzelnen Rechte und Pflichten, die dem Vertrage entsprungen sind, sondern auf das „Schuldverhältnis als Organismus" [84]). Solche Argumentation ist aber bedenklich. Mir scheint, daß nicht der Umstand, daß das BGB. diesen Begriff kennt, eine Stütze sein kann dafür, daß dem Rücktritt die Vernichtung aller Wirkungen des Vertrages wesentlich und es daher unübertragbar sei, sondern daß umgekehrt der Umstand, daß der Rücktritt alle Wirkungen des Vertrages beseitigt eine Hauptstütze ist für die Annahme, daß das BGB. diesen Begriff kennt. Dieser Hinweis ist aber wesentlich für die Frage, welche Ausnahmen von der Unübertragbarkeit anzuerkennen sind. Denn diese Regelung des BGB., die das Rücktrittsrecht an sich unübertragbar macht, entspricht jeden-

83) Vgl. Protokolle I S. 788.
84) Kreß, a. a. O. S. 26.

falls einer Anerkennung dieses Begriffes. Daher müssen auch entsprechende Ausnahmen anerkannt werden. Dies führt dazu, außer einer ausnahmsweisen Uebertragbarkeit für den Fall der Uebertragung eines Handelsgeschäfts (entsprechend der oben für das Anfechtungsrecht gemachten Ausnahme, nur daß es hier nicht auf die Unerheblichkeit dieses Rechtes für den Vertrag mit dem Uebernehmer des Geschäfts ankommt, da der das Geschäft Uebertragende das Recht kennt), eine solche für den Fall der Uebertragung des ganzen Schuldverhältnisses anzunehmen. Das Rücktrittsrecht erscheint ebenso zu der Beteiligung am Schuldverhältnis gehörig wie dies unten z. B. für die Einrede im Verhältnis zur Schuld festzustellen ist. Das Rücktrittsrecht ist daher nicht unübertragbar, wie Oertmann (1 g ββ zu § 399) annimmt, sondern nur nicht selbständig übertragbar. Es ist an eine Rechtsposition gebunden (nicht wie das Anfechtungsrecht an die Person) und wird mit ihr sogar ipso iure übergehen. Durch Zurückbleiben würde es formellen Charakter bekommen, da seine Ausübung dann nur noch Wirkungen in fremder Rechtssphäre hervorriefe, wenn man die dem Gesetz wesentliche Vernichtungswirkung durchführen will. Die unselbständige Uebertragung ist insofern keine eigentliche Uebertragung mehr, als sie nicht infolge eines auf sie gerichteten Rechtsgeschäfts eintritt, aber ihr sehr nahe verwandt, insofern als der Zedent den Mitübergang durch Erklärung gegenüber dem Zessionar wird ausschließen können, was dann das Erlöschen des Rücktrittsrechtes zur Folge hat[85]). Wie die Uebertragung des Schuldverhältnisses zustande kommt, ist bestritten (vgl. Demelius, Iherings J. 72, S. 241 ff.); eine nähere Untersuchung dieser Frage (wie überhaupt der Berechtigung des Begriffes „Schuldverhältnis als Organismus") würde an dieser Stelle zu weit führen, da dies nicht eine Frage der Uebertragbarkeit des Rücktrittsrechts ist. Denn ein Recht, das das Schuldverhältnis im ganzen zum Gegenstande hat, kann nicht Teil dieses Schuldverhältnisses sein. Entsprechend dem vertraglichen und gesetzlichen Rücktrittsrecht ist auch das Wan-

85) Vgl. § 1250, Abs. 2 BGB.

delungsrecht zu behandeln, wenn man es als Gestaltungsrecht und nicht als Anspruch ansehen will[86]), dagegen nicht das Minderungsrecht. Von diesem ist vielmehr anzunehmen, daß es ipso iure mit der Forderung auf die Sache (also nicht nur mit dem ganzen Schuldverhältnis) auf den Zessionar übergeht, falls ihm unter der gleichen Voraussetzung zediert ist, die für den Fall der Nichtzession das Minderungsrecht dem Zedenten hätte entstehen lassen. Eine andere Ansicht würde ein höchst unbilliges Ergebnis zur Folge haben. Gegen den Zedenten hat der Zessionar gemäß § 437 keine Gewährschaftsrechte, kann daher auch nicht Abtretung solcher oder Herausgabe des auf Grund solcher Erlangten fordern. Daher würde, wollte man dem Zessionar nicht wenigstens das Minderungsrecht geben, die Folge sein, daß entweder der Verkäufer seine minderwertige Sache als vollwertig losgeworden wäre, weil der Zedent, der den Anspruch als vollwertig abgesetzt hat, die Gewährschaftsrechte nicht geltend macht, oder aber der Zedent mindert (es kann dahingestellt bleiben, ob er dies kann) und den Vorteil für sich behält. Der Minderungsanspruch gehört genau so zum Einzelanspruch[87]), wie der Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Unmöglichkeit, für den das auf Grund seines gesetzlichen Tatbestandes (§ 280 BGB.) unzweifelhaft ist. Hiernach würde der Zessionar nach Erfüllung der Kaufpreisschuld durch den Zedenten einen Anspruch auf Herauszahlung eines Teils desselben gegen den Verkäufer, vor Erfüllung dagegen einen entsprechenden Teil der Kaufpreisforderung gegen den Zedenten erlangen, indem dieser infolge der Minderungserklärung vom Verkäufer auf ihn übergeht[88]).

---

86) Uebrigens ist auf alle Fällle ein solches anzunehmen solange, bis der Käufer Wandelung oder Minderung verlangt, dagegen noch kein Anspruch im technischen Sinne, da noch kein gegenwärtiges Sollen vorliegt. Da aber dies Stadium zweifellos schon unter die Verjährung des § 477 fällt, liegt im Sinne des BGB., wie der Gesetzeswortlaut bestätigt, ein Anspruch vor.

87) A. A. Kreß, a. a. O. S. 28.

88) Uebrigens wird man auf dem von Grau in der Gedächtnisschrift für Seckel, S. 351 ff., S. 356 f. angedeuteten

Für das Rücktrittsrecht kommen wir somit zu dem Ergebnis, daß es vom Gesetz dazu bestimmt ist, ein Schuldverhältnis zu beendigen, aber nicht, eine Ersetzung des anderen Teils im Schuldverhältnis durch eine dritte Person zu ermöglichen. Dieser Zweck schließt eine Auswertung des materiellen Gehalts durch Uebertragung und somit die materielle Uebertragung aus. Der gleiche Zweck und damit die gleiche Wirkung [89]) liegt in noch stärkerem Maße vor beim Kündigungsrecht. Eine Abtrennung desselben vom (Dauer-) Schuldverhältnis ist schon deshalb nicht möglich, weil es den Zweck hat, eine zunächst unbestimmt gelassene Seite des Schuldverhältnisses bestimmbar zu machen, nämlich zu bestimmen, wie lange das Schuldverhältnis dauern soll. Eine solche Bestimmungsmöglichkeit gehört geradezu zum Wesen der Dauerschuldverhältnisse, falls sie nicht auf bestimmte Zeit eingegangen sind. Solche werden nicht auf ewig, sondern auf unbestimmte Zeit eingegangen. Eine ewige Miete wäre keine Miete [90]). Daher ist sogar ein vertraglicher Ausschluß des Kündigungsrechts wegen Hervorrufung einer übermäßigen Bindung als Verstoß gegen die guten Sitten nichtig [91]). Von der sich hiermit ergebenden Unübertragbarkeit des Kündigungsrechtes ergibt sich eine Ausnahme in den Fällen, wo das ganze Schuldverhältnis in einem einzigen Recht, dessen wesentlichster Inhalt eine Gestaltungsbefugnis ist, zusammengefaßt erscheint [92]), wie das insbesondere beim Darlehnskündigungsrecht der Fall ist [93]). Von diesem Gesichtspunkt aus ist es möglich, beim Rücktrittsrecht zu Fällen materieller Uebertragung zu kommen. Mit vollständiger Erfüllung des Schuldverhältnisses ist das Schuldverhältnis weggefallen und damit das Rücktrittsrecht selbständig

Wege wohl mindestens dahin kommen, daß das Geschäft wenigstens dann auch noch gewandelt werden kann, wenn Zedent und Zessionar sich einig sind.

89) So auch Seuff. Arch. Bd. 80, Nr. 116.

90) Oertmann 2 zu § 535.

91) Vgl. Warneyer III zu § 609.

92) Vgl. Kreß, a. a. O. S. 30.

93) Siehe oben S. 66.

geworden. Es ist jetzt gerade so auf Begründung eines neuen Schuldverhältnisses gerichtet wie das Wiederkaufsrecht. Von letzterem ist das zweifellos. Allerdings wirkt seine Ausübung vor Erfüllung des Kaufvertrages wie ein Rücktritt, aber nur deshalb, weil man in der Ausübungserklärung der Parteiabsicht gemäß gleichzeitig eine Aufrechnungserklärung erblicken muß; wird es vor Erfüllung übertragen, bewirkt seine Ausübung daher nicht Eintritt des Zessionars in den alten Kaufvertrag anstelle des Wiederkaufsgegners (Wiederverkäufers), sondern einen neuen Kaufvertrag zwischen Wiederkaufsgegner und Zessionar, während der Kauf Zedent an Wiederkaufsgegner ganz unberührt bleibt.

Der Annahme der Uebertragbarkeit des Rücktrittsrechts im Falle der völligen Erfüllung von beiden Seiten kann man weder die dem Rücktritt nach herrschender Meinung, der wir gefolgt sind, eigene Vernichtungswirkung noch die ebenfalls von ihr angenommene Rückwirkung entgegenhalten. Ersteres deshalb nicht, weil m. E. das Schuldverhältnis mit Erfüllung der Einzelansprüche erloschen ist, daher nichts mehr zu vernichten da ist (a. A. Oertmann 2 zu § 346). Daß die Einzelansprüche nach Erfüllung nichts Vernichtbares übrig lassen, ist oben S. 77 dargelegt. Die Rückwirkung bedeutet nur die logische Möglichkeit, daß neben den Ansprüchen aus dem Rücktritt auch Bereicherungsansprüche entstehen (ob dies dem positiven Recht entspricht, kann dahingestellt bleiben). Diese birgt dann aber das Rücktrittsrecht ebenso in sich wie die Ansprüche aus § 346. Mangels eines die Regel des § 413 ausschließenden Gesichtspunktes nehmen wir hier Uebertragbarkeit an. Hiermit folgen wir Seckel[94]). Das müssen wir dann auch in dem Falle tun, daß im gegenseitigen Vertrage der eine Teil erfüllt hat und das Rücktrittsrecht zediert, sowie der Zessionar in die andere noch unerfüllte Rechtsposition (Forderung bzw. Schuld) des Zedenten eingerückt ist (vgl. oben S. 80 die Fälle 2a und 2b).

94) a. a. O. S. 222, 223; jedoch ist trotz seiner abweichenden Auffassung aus den gleichen Gründen wie beim Wiederkaufsrecht usw. Zustimmung des Gestaltungsgegners für erforderlich zu halten.

In letzterem Falle ist aber Voraussetzung, daß man mit der herrschenden Meinung annimmt, daß das Schuldverhältnis dadurch übertragen wird, daß die noch vorhandenen Einzelrechtspositionen übertragen werden. Diese Zusammenballung des Schuldverhältnisses in einer Rechtsposition kommt auch beim Widerrufsrecht des Schenkers in Frage. Trotzdem wird es allgemein für unabtretbar gehalten (s. Oertmann 1g αββ zu § 399, Kreß a. a. O. S. 535). Vor Kenntnis des Undanks ist die Abtretung nach § 533 ausgeschlossen. Aber auch für die Zeitspanne nachher erscheint dies wohl als begründet, indem dies Recht nach Art der römischen actiones vindictam spirantes persönliche Genugtuung, nicht so sehr Bereicherung bezweckt, wie sich daran zeigt, daß es durch Verzeihung erlischt. Eine Uebertragbarkeit paßte auch deshalb nicht recht, weil wegen § 533 ein erneuter Undank wieder ein Widerrufsrecht des Schenkers hervorrufen würde, womit der Gesetzgeber sicher nicht gerechnet hat. Das Widerrufsrecht des Schenkers aus § 528 ist gemäß § 852 ZPO. unübertragbar. In beiden Fällen ist Grund der Unübertragbarkeit: Vermeidung der Zweckentfremdung durch Trennung von der Person des ursprünglichen Inhabers. Dem Recht zum Widerruf einer Offerte ist ebenfalls die Vernichtungswirkung wesentlich und es daher unübertragbar.

§ 12.

Im Gegensatz zu den bisher behandelten Erscheinungen kommen wir nunmehr zu einer Gruppe von Gestaltungsrechten, die niemals selbständige Werte darstellen und daher unübertragbar, genauer: nicht selbständig übertragbar sind. Es ergeben sich hier noch weitere Unterscheidungen.

1. Wir finden zunächst eine Gruppe, für die typisch ist, daß das Gestaltungsrecht den gleichen Wert in Aussicht stellt wie ein zweites beim fraglichen Rechtssubjekt vorliegendes Recht, das kein Gestaltungsrecht ist. Das hat zur Folge, daß dies Gestaltungsrecht nur gemeinschaftlich mit jenem zweiten Recht übertragen werden kann. Man könnte hierher zunächst die Aufrechnungsmöglichkeit rechnen. Der Gläubi-

ger erlangt sie zu seinem Anspruch hinzu auf Grund der Tatsache, daß der Schuldner gegen den Gläubiger ebenfalls einen Anspruch hat. Man hat gesagt: der Gläubiger erlangt dadurch eine neue Möglichkeit, seinen Anspruch durchzusetzen, nämlich zu der Art, wie sie ihm bisher zu Gebote stand, die weitere Möglichkeit der Durchsetzung durch einseitige Erklärung (vgl. Reichel, Iherings J. 59 S. 414). Hier ist der Terminus Anspruch auch in einem weiteren Sinne gebraucht als in dem des Sollrechts. Denn das gesollte Leisten erfolgt tatsächlich nicht, sondern nur ein Sichverschaffen des Gläubigers. Es liegt hier aber die richtige Auffassung zugrunde: der Gläubiger erlangt ein neues Mittel zur Erreichung desselben Wertes. Daher führt die Ausübung der einen Befugnis zum Erlöschen der anderen. Da der Anspruch aber wichtiger ist als die nur möglicherweise vorhandene Gestaltungsbefugnis, erscheint letztere leicht nur als ein Anhängsel des Anspruchs, als ein besonderes zustandsrechtlich an den Anspruch geknüpftes Recht. Mir erscheint es aber richtiger, in diesem Falle nicht zwei mit einander verknüpfte Rechte, sondern ein Recht mit zwei Befugnissen anzunehmen, so daß sich die Unmöglichkeit selbständiger Uebertragung schon hieraus ergibt (vgl. oben § 4). Hierher gehören vielmehr namentlich eine Anzahl Fälle, bei denen der Gedanke der Bezogenheit auf den gleichen Wert noch etwas komplizierter liegt: indem die Rechtsordnung dem Gläubiger einen konkreten Wert (im Sinne des Guts oder Objekts) in Aussicht stellt, stellt sie ihm zugleich einen Wert in einem allgemeineren Sinne als gedachte Größe, ausgedrückt in der allgemeinen Wertskala, in Aussicht, hinsichtlich dessen das konkrete Gut nur als eine zufällige Verkörperung, Form desselben erscheint. Die Rechtsordnung ermöglicht es dem Gläubiger, wenn die Erlangung des Wertes in der ursprünglichen Form auf Schwierigkeiten stößt, ihn in einer anderen Form, insbesondere der des allgemeinen Wertträgers Geld zu erhalten. Auch hier pflegt man den Anspruch in den Vordergrund zu stellen und dann zu sagen: der Gläubiger hat das Recht, den Inhalt seines Anspruchs zu verändern. Hierher gehört das Recht, durch Setzung einer Frist den

Anspruch auf eine spezielle Leistung in einen Schadensersatzanspruch zu verwandeln, wie es in § 283 und § 326 BGB. gegeben ist. Daß mit dem Schadensersatzanspruch derselbe Wert angestrebt wird wie mit dem ursprünglichen Anspruch, erkennt man deutlich daran, daß das, was der Gläubiger mit dem Ersatzanspruch erhalten soll, sich danach bestimmt, was er hätte, wenn der ursprüngliche Anspruch erfüllt wäre (§ 249 BGB.). Er soll also das erhalten, was er bisher nicht erhalten hat. Hierher gehört auch das Recht aus § 281 (zur Erlangung des Anspruchs auf das stellvertretende Kommodum für den Schadensersatzanspruch). Die Unübertragbarkeit des letzteren beweist auch die Verwandtschaft mit der Wahlschuld, bei der ebenfalls nicht das Recht auf die eine vom Gläubiger wählbare Leistung übertragbar, das auf die andere zurückbehaltbar ist und der Grund (Vorliegen nur eines Wertes) besonders einleuchtet; es liegt hier eine facultas alternativa des Gläubigers vor. Das Ergebnis entspricht herrschender Meinung (vgl. z. B. Planck-Siber 4 a zu § 398).

2. Bei einer weiteren Gruppe von unselbständigen Gestaltungsrechten, die gebildet wird von solchen, die nicht in Beziehung stehen zu einem Recht, sondern einer Rechtsgegenstellung, namentlich einer Verpflichtung, hat die Unselbständigkeit einen etwas anderen Charakter. Diese Rechte sollen die Lage des Schuldners verbessern. Sie stellen also auch für ihn einen Wert dar, und zwar, da eine anderweitige Inaussichtstellung desselben Wertes nicht vorliegt, einen im Sinne der vorigen Gruppe selbständigen. Sie können aber einen solchen eben nur für den Schuldner darstellen. Denn da sie nicht in einer glatten Vernichtung der Schuld bzw. einem Erwerb der Forderung sich auswirken, können sie die Eigenart ihres materiellen Gehalts nur bei dem entfalten, der Schuldner ist. Dies wird in § 417 BGB. auch vom Gesetz ausdrücklich bestätigt[95]). Hierher gehört:

a) Die Gruppe der Einreden. Ihre Konstruktion ist

95) Diese Bestimmung findet andererseits auf die Fälle des Anfechtungsrechts usw. nach herrschender Meinung keine Anwendung; vgl. Staudinger III zu § 417.

vielumstritten. Heute geht die herrschende Ansicht dahin, daß es sich nicht um ein prozessuales, sondern um ein materielles Recht handelt, das auch außerhalb des Prozesses geltend gemacht werden kann (vgl. Oertmann B 2 vor § 194, Staudinger 4 vor § 222, Planck-Siber 6 vor § 195, v. Tuhr I 297, Warneyer II zu § 194 u. a.; Aufzählung der Gegner siehe bei Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts, Teil 1, S. 260). Dahin geht anscheinend auch die Absicht des Gesetzgebers (vgl. Motive I S. 359)[96]), insofern als er ein materielles Recht schaffen wollte. Man kann auch nicht sagen, daß dieser Wille des Gesetzgebers keinen Ausdruck im Gesetz gefunden habe. Dieser liegt vielmehr schon darin, daß der Begriff der Einrede im BGB. geregelt ist, während für die Gegenmeinung überhaupt kein Anhalt im Gesetz vorhanden ist, vielmehr nur der Umstand spricht, daß vor dem BGB. nur ein prozessualer Einredebegriff bestand. Die Verfasser des BGB. haben hier aber bewußt eine Neuschöpfung vorgenommen. Weiter entspricht es herrschender Ansicht, daß weder die Existenz (so Hölder, Arch. ziv. Prax., 93, S. 80 ff.) noch die Geltendmachung (so Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 10 ff.) der Einrede den Anspruch vernichtet (vgl. die überzeugenden Gründe und die Vertreter dieser herrschenden Meinung bei Oertmann B 2 d α vor § 194). Die Wirkung der Einrede geht vielmehr nach herrschender Meinung dahin, daß ihre Geltendmachung eine gewöhnlich mit dem Anspruch verbundene Befugnis zerstört, nämlich die Klagebefugnis. Allerdings könnte man denken, ob hier nicht doch noch eine andere Anschauungsweise möglich ist, die zugleich jene anscheinend mit dem Prinzip nicht vereinbare Motivenstelle durchaus als berechtigt erscheinen lassen würde, daß nämlich die Sache so läge, daß man nur den jeweiligen Versuch der Geltendmachung des einredebehafteten Anspruchs durch Geltend-

96) Im Gegensatz hierzu scheinbar heißt es allerdings S. 360 ausdrücklich, die Einrede könne nur im Prozeß geltend gemacht werden. Man kann aber, um hierüber hinwegzukommen, wohl sagen, daß an dieser Stelle die Motive noch nicht die vollen Konsequenzen des neuen Prinzips gezogen haben.

machung der Einrede zurückschlagen kann. Woraus folgt denn, daß die einmalige Geltendmachung der Einrede die Klagebefugnis für alle Zeit zerstört? Kann sie nicht auch nur zur Abweisung der gerade erhobenen Klage führen? Der Ausdruck Leistungsverweigernkönnen sagt nichts hierüber. Es könnte dann trotz Geltendmachung der Einrede später noch erfolgreich von neuem Klage erhoben werden, wenn dann die Einrede nicht geltend gemacht wird. Dies würde auch dann von Bedeutung bleiben, wenn die Rechtskraft einer erfolgreichen zweiten Klage entgegenstände. Denn diese braucht nicht immer vorzuliegen, z. B. wenn die erste Klage nach Geltendmachung der Einrede zurückgenommen ist. Dann würde die Einrede allerdings nur im Prozeß geltend gemacht werden können. Denn die Einklagung des Anspruchs ist die einzige Form der Geltendmachung des Anspruchs, die nicht schon durch die Existenz der Einrede ipso jure ausgeschlossen wird (wie etwa die Aufrechnung nach § 390 BGB. und nach herrschender Meinung auch die Selbsthilfe: vgl. Warneyer, zu § 229). Wenn die Vernichtung der Klagebefugnis den Charakter der Einrede als eines materiellen Rechts nicht zu beeinträchtigen vermag, warum soll es dann eine nur etwas schwächere Wirkung gegenüber der Klagebefugnis tun? Doch brauchen wir die Frage, welche von diesen beiden Auffassungen die richtige ist, hier nicht weiter zu untersuchen, denn auch wenn wir der herrschenden Meinung folgen, ergibt sich die Unmöglichkeit selbständiger Uebertragung der Einrede aus ihrem Wesen. Dagegen sind die Einreden Gestaltungsrechte; denn ihre Ausübung verändert den Inhalt des einredebehafteten Rechts insofern, als die mit demselben gegebenen Befugnisse verringert werden[97]). Eine Uebertragung wäre hier nur in der gleichen Weise denkbar wie beim Anfechtungsrecht: der Zessionar erlangt die Möglichkeit, den Rechtsgegner des Zedenten aus

97) Anderer Ansicht Oertmann B I vor § 194, weil er das Entstehen und Vergehen, nicht auch die Veränderung subjektiver Rechte als Auswirkung von Gestaltungsrechten ansieht, zu welcher Beschränkung aber kein Anlaß ersichtlich ist; vgl. dagegen z. B. Enneccerus, a. a. O. I 1 § 166 3 a γ.

seiner Rechtsposition hinauszuwerfen und selbst dessen Rechtsgegner zu werden. Aber die Lage ist hier insofern anders, als die Geltendmachung der Einrede dem Zedenten nicht den vollen durch Begründung des mit ihr behafteten Anspruchs fortgegebenen Wert zurückgibt. Denn der Anspruch bleibt ja auch nach Geltendmachung der Einrede bestehen. Höchstens könnte der Wert der Klagebefugnis als zurückerlangt betrachtet werden. Aber deren Erlangung durch eine Zession würde wieder zu einer formalen Aufspaltung einzelner Befugnisse des subjektiven Rechts führen, die im allgemeinen nicht zulässig ist (vgl. oben § 4) und für die ein besonderes Bedürfnis hier nicht ersichtlich ist.

b) Eine Anzahl sonstiger Rechte des Schuldners. In Frage kommen hier Erscheinungen, wie z. B. die Möglichkeit des Schuldners, zu erfüllen, den Gläubiger in Annahmeverzug zu versetzen, zu hinterlegen, einen Selbsthilfeverkauf gemäß § 373 Abs. 2 HGB. vorzunehmen, das Bestimmungsrecht nach § 315 BGB., wenn es dem Schuldner zusteht, das Wahlrecht des Schuldners, die facultas alternativa des Schuldners. Aber eine Anzahl dieser Erscheinungen kann doch nicht zu dieser Gruppe gerechnet werden, denn es handelt sich bei ihnen überhaupt nicht um Rechte, weil jedermann die gleiche Möglichkeit zusteht. Für das „Recht", zu erfüllen und in Annahmeverzug zu setzen, ist das unbestritten; für die Hinterlegungsmöglichkeit besteht Streit; doch ist wohl aus den von Planck-Siber (3 zu § 273 BGB.) angeführten Gründen auch hier kein Recht anzunehmen. Die anderen Beispiele dagegen ergeben wirkliche Rechte, und zwar sind diese wegen ihrer Unselbständigkeit nicht für sich übertragbar, sondern können nur mit der Schuld übergehen, was sie sogar ipso jure tun. Sie können eben ihren Wert nur beim Schuldner entfalten, wegen welcher Eigentümlichkeit man sie als Subtraktionswerte bezeichnen kann. Z. B. kann das Entscheidenkönnen, ob man den einen oder den anderen Wert verlieren will, einen Wert darstellen nur für den, dem der Verlust eines Wertes sicher ist; denn die Möglichkeit, sich zum Schuldner zu machen, an sich hat keinen Wert.

Für beide Arten der Unselbständigkeit ist noch zu sagen:

sie sind identisch mit der einen oben (S. 68) geschilderten Art der Zweckentfremdung. Sie ergeben ferner Zustandsrechte. Der Charakter als Zustandsrecht ist also nicht ein eigener innerer Grund für die Unübertragbarkeit eines Rechts, sondern nur ein kurzer Ausdruck für das durch den inneren Grund hervorgerufene Verbundensein zweier Rechtspositionen. Dies schließt aber natürlich nicht aus, aus dem etwa zunächst feststellbaren Charakter als Zustandsrecht auf die Unmöglichkeit selbständiger Uebertragung zu schließen. Zu fragen ist noch, ob nicht auch die Rechte aus § 326 usw. zusammen mit dem Hauptanspruch nur als Zustandsrechte oder gar als Befugnisse eines Rechts anzusehen sind. Eine Befugnis liegt nicht vor. In den Fällen des § 326 spricht das Gesetz direkt von „berechtigt" und stellt die fraglichen Erscheinungen mit dem zweifellos ein Recht darstellenden vertraglichem Rücktrittsrecht auf eine Stufe. Auch gehört das Rücktrittsrecht aus § 326 zum ganzen Schuldverhältnis, sowohl zum Recht wie zur Verpflichtung. Da diese nun keine einheitliche Rechtsposition bilden und man nicht wüßte, zu welchen von beiden Rechtspositionen das Recht aus § 326 gehören sollte, kann es zu keiner gehören. Aus dem letztgenannten Grunde kann dies Recht auch kein Zustandsrecht sein (man denke besonders an den Fall, daß in Forderung und Verpflichtung verschiedene Personen eintreten).

§ 13.

Wir kommen jetzt zu einer weiteren Gruppe von Rechten, nämlich zu den Ermächtigungen, oder um sie von dem Ermächtigungsakt zu unterscheiden: den Rechten aus Ermächtigung. Wir stellen sie den bisher betrachteten Rechten als den materiellen als formale gegenüber. Das Charakteristikum dieser Rechte ist, daß ihre Ausübung nur eine Einwirkung auf eine fremde Rechtssphäre bedeutet, und ihre abweichende Zweckbestimmung (s. oben S. 30). Als Rechte aus Ermächtigung kennt unser Gesetz die Vertretungsmacht, d. i. das Recht aus der Einwilligung, im fremden Namen zu handeln, sowie das Recht aus der Einwilligung, durch ein im eigenen Namen vorgenommenes Rechtsgeschäft auf fremde Rechts-

verhältnisse einzuwirken. Betrachten wir zunächst die Vertretungsmacht und von deren Arten wieder zunächst die besonders wichtige Vollmacht. Sie ist ein subjektives Recht, was allerdings von vielen bestritten wird (z. B. von Eccius, Gruch. Beitr., 47, S. 211, Hupka, Die Vollmacht, S. 390, Rosenberg, Die Vollmacht im Prozeß, S. 121, woselbst weitere Literaturangaben [97a]); dagegen sind im Ergebnis unserer Auffassung: Enneccerus a. a. O. I 1 § 171 Anm. 3, v. Tuhr a. a. O. I 167, Haas, Die Untervollmacht, S. 45, Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, I, S. 459, R. Leonhard, Der Allgemeine Teil des Deutschen BGB., S. 314). Die Art der Rechtsposition des Ermächtigten läßt die Ermächtigungen als Gestaltungsrechte erscheinen. Dies gilt insbesondere auch von der Vollmacht. Einige (z. B. v. Tuhr a. a. O. I S. 164 ff., Fülster, Die rechtliche Natur der Untervollmacht, S. 27) wollen die Vertretungsmacht und insbesondere die Vollmacht zwar als subjektives Recht, aber nicht als Gestaltungsrecht, sondern als eine besondere Unterart des subjektiven Rechts auffassen, die sie als die Kategorie der Machtbefugnisse bezeichnen. Allein ihre Argumente (vgl. Fülster a. a. O. S. 27) sind nicht stichhaltig. Wenn ich auch zu einem Vertrage bevollmächtigt bin, die Ausübung der Vollmacht also nicht durch einseitige Willenserklärung, sondern durch einen Vertragsschluß erfolgt, so ist doch dies Vorgehen dem Vollmachtgeber gegenüber ein einseitiges Handeln des Bevollmächtigten, da ersterer nicht an dem Vertrage beteiligt ist. Daß auf eine fremde Rechtssphäre statt auf die eigene eingewirkt wird, vermag wohl zu beweisen, daß es sich um eine besondere Art des Könnens, aber nicht, daß es sich überhaupt nicht um ein Können handelt. Gleiches gilt von einem Unterschied in der „Grundlage", d. h. dem Entstehungstatbestand. Wie oben dargelegt, ist die Vollmacht als formales Recht grundsätzlich unübertragbar. Dies Resultat stimmt mit dem der herrschenden Meinung überein (vgl. Enneccerus a. a. O. I 1, § 172, 2, Oertmann, Anm. 8 zu § 167, Hupka a. a. O. S. 344 ff.; Rosenberg a. a. O. S. 836 ff.).

97a) Auch RG. 121, 34.

Während im allgemeinen für die Frage, ob das subjektive Recht übertragbar sei, das Interesse des Inhabers maßgebend ist, was zu einer grundsätzlichen Bejahung der Uebertragbarkeit führt, ist bei diesem formalen Recht das Interesse dessen maßgebend, für dessen Rechtssphäre durch das Recht eine Eingriffsmöglichkeit gegeben ist. Denn der ganze Zweck dieser Art von Rechten (als Institut, im Einzelfall kann es anders sein, worauf unten näher einzugehen ist), besteht darin, ein Mittel zu sein, um fremde Interessen wahrnehmen zu können. Nun liegt es grundsätzlich nicht im Interesse des zu Vertretenden, daß jeder Beliebige ihn vertreten könne, sondern gerade nur der Bevollmächtigte; denn nur diesem will er im allgemeinen sein Vertrauen schenken. Während es für einen im allgemeinen gleichgültig ist, wenn man ein Recht aus seiner Rechtssphäre weggibt, was hernach damit geschieht, kann es das hier nicht sein, weil die endgültigen Folgen für die Rechtssphäre des Weggebenden ja überhaupt erst kommen sollen und hinsichtlich derselben ein gewisser Spielraum besteht — wenigstens in der Regel —, so daß sie mehr oder weniger günstig für ihn ausfallen können. Darum will man normalerweise dessen Ausfüllung nur jemand überlassen, zu dem man das Vertrauen hat, daß er sie so günstig wie möglich für einen bewirkt. Dies Vertrauen dokumentiert man durch die Vollmachterklärung, aber auch nur für den Bevollmächtigten, da man zu einem Unbekannten natürlich kein Vertrauen haben kann. Von der grundsätzlichen Unübertragbarkeit der Vollmacht gibt es Ausnahmen. Als Grund zu solcher kommt in Frage die Interessenlage. Einmal insofern, als zwar auch die Interessen des Vollmachtgebers im Spiele sind, diese jedoch erfordern, daß ein anderer Vollmacht erhalte zu dem, wozu zunächst nur der ursprünglich Bevollmächtigte Vollmacht hat. Die herrschende Meinung läßt weiter auch das fehlende Interesse an persönlicher Ausführung zur Begründung der Uebertragbarkeit genügen (vgl. Hupka a. a. O. S. 352, dem sich viele angeschlossen haben, z. B. Enneccerus a. a. O. I 1 § 172 2b, Haas a. a. O. S. 94, Staudinger 8 zu § 164). Beides ist jedoch abzulehnen. Denn das Gesetz befriedigt das vorliegende Be-

dürfnis auf einem anderen Wege als dem der Uebertragung. Wir haben hier einen Gedanken zu verfolgen, wie er vertreten wird namentlich von Rosenberg (a. a. O. S. 839 ff) und Fülster (a. a. O. S. 56 ff.). Es handelt sich um die Frage, ob der Ersatzvollmachtgeber bzw. Untervollmachtgeber in dieser Eigenschaft im eigenen oder im fremden Namen handelt. Uebertragung eines Rechts setzt Handeln im eigenen Namen voraus, so daß, wenn wir feststellen, es wird im fremden Namen bei der in Frage kommenden Erscheinung gehandelt, dies die Rechtsfigur der Uebertragung ausschließt. Die Ansicht, daß in fremdem Namen gehandelt werde, wird in erster Linie vertreten für die sog. Unterbevollmächtigung, die sich von der sog. Ersatzbevollmächtigung dadurch unterscheidet, daß bei ersterer die Vollmacht des Erstbevollmächtigten bestehen bleibt — um deswillen ist eine Konstruktion der Unterbevollmächtigung als Uebertragung der Vollmacht von vornherein unmöglich —, bei letzterer dagegen wegfällt, sobald der weitere Bevollmächtigte bestellt ist. Doch kommt diese Lehre auch für die Ersatzbevollmächtigung in Betracht. Für die Untervollmacht lautet sie dahin: der Erstbevollmächtigte überläßt nicht etwa damit, daß er einen Unterbevollmächtigten bestellt, die Ausübung des ihm zustehenden Rechts durch seine Einwilligung dem Unterzubevollmächtigenden (diese Gegenmeinung vertritt besonders eingehend Haas, a. a. O. S. 45 ff.), wobei die Möglichkeit hierzu ein ebensolches Aufbaurecht darstellen würde, wie wir das für das Uebertragungsrecht gesehen haben. Bei Ausübung dieses Aufbaurechts würde der Berechtigte im eigenen Namen handeln. Er handelt jedoch in Ausübung seiner inhaltlich in diesem Sinne erweiterten Vollmacht, also in fremdem Namen. Was bedeutet eigentlich: im fremden Namen handeln? Es gibt zwei Haupttheorien[98]). Die eine Auf-

98) Entsprechend den zwei Theorien über den Tatbestand „vertreten", „in fremden Namen handeln" gibt es auch zwei Theorien über den Begriff der Vertretungsmacht; die oben gegebene Definition derselben ist also noch doppeldeutig.

fassung, wie sie namentlich v. Tuhr[99]) und Siber[100]) vertreten, geht von den sachlichen Wirkungen aus, auf die eine Willenserklärung gerichtet sein kann, wie z. B. Hervorrufung einer Verpflichtung, Uebertragung oder Erwerb von Eigentum, und sagt, Vertretung liegt vor, wenn nach dem Inhalt der Erklärung alle diese Wirkungen mit höchstens einzelnen Ausnahmen (das ergibt den Vertrag zu Gunsten Dritter) in einer anderen Rechtssphäre als der des Erklärenden eintreten sollen. Man gelangt dann entweder mit v. Tuhr dahin[101]), daß die Uebertragung fremden Eigentums stets Vertretung ist, sobald der Uebertragende dem, der erwerben soll, zu erkennen gibt, daß der dritte Eigentümer ist, oder muß mit Siber[102]), um dies zu verhindern, darauf sehen, zwischen welchen Personen das Kausalgeschäft besteht bzw. entstehen soll, wegen dessen die Uebereignung erfolgt. Die andere Theorie sagt: Logisch vor allen diesen jeweils verschiedenen Einzelwirkungen steht die eine bei jedem Handeln in Vertretung gleichmäßig vorhandene Wirkung, daß eine Willenserklärung als von einem anderen abgegeben gilt als von dem, der sie tatsächlich abgegeben hat. Daß die Erklärung darauf gerichtet ist, daß diese besondere persönliche Wirkung[103]) eintrete, macht den wesentlichen Tatbestand des Handelns in Vertretung aus. Nach dieser Auffassung ist es, da das Gesetz ein solches Rechtsgeschäft zugelassen hat, eine Selbstverständlichkeit, daß der Vertretene, nicht der Vertreter anfechten kann, während nach der Gegenmeinung dies als etwas positiv-rechtlich besonders Angeordnetes erscheint, wobei man sich eigentlich wundern muß, daß dieser Rechts-

---

99) I 165: Vertretungsmacht = Fähigkeit, durch Rechtsgeschäft namens eines anderen direkte Wirkungen in dessen Vermögenssphäre hervorzubringen. II 2 341: im Namen eines anderen handeln heißt: zu erkennen geben, daß man die Wirkung des Rechtsgeschäfts nicht für sich selbst, sondern für einen anderen herbeiführen wolle.

100) Iherings J. 67, S. 100 ff. und „Verfügungsgeschäfte zu fremdem Recht", S. 1 ff.

101) a. a. O. II 2, S. 216.

102) Verfügungsgeschäfte, S. 16 ff.

103) Vgl. Henle, a. a. O. S. 51.

satz sich nur mittelbar aus dem Gesetz schließen läßt, nicht aber ausdrücklich ausgesprochen ist. A kann nach dieser Auffassung dem X ruhig sagen, daß die Sache, die er ihm übereignen will, dem B gehört, ohne daß er darum Vertreter des B wird, solange er nicht erklärt, daß seine Erklärung als von B abgegeben gelten solle. Diese letzte Auffassung entspricht wohl der herrschenden Anschauung, obwohl sich die Meisten über dies Problem anscheinend nicht recht klar sind. Ganz klar hat sich in diesem Sinne Windscheid (I § 81 N. 5) ausgesprochen. Ein Eingehen auf das Problem, welche dieser beiden Theorien die richtige ist, vermißt man bei denen, welche die Frage behandeln, ob die Unterbevollmächtigung bzw. Ersatzbevollmächtigung im eigenen oder im fremden Namen geschieht. Wir kommen allerdings mit der unserer Lösung dieser Frage, welche die Rosenbergs ist, zu gebenden Begründung um eine Erörterung dieses Problems herum. Denn wir werden zu zeigen versuchen, daß die Lösung im Gesetz vorgezeichnet ist. Will man dagegen, wie das sonst geschieht, mit allgemeinen Erwägungen zum Ziel kommen, so ist die Erörterung des Problems, welche der zwei Theorien die richtige ist, unumgänglich [104]). Den Schlüssel zu unserer Lösung bietet § 664

104) Mir scheint die letztere Auffassung dem BGB. zugrunde zu liegen. Dafür spricht z. B., daß gerade Windscheid bei Schaffung des § 185, dessen Abgrenzung zur Stellvertretung hin nach jener ersten Theorie unsicher wird, als Vorbild diente (vgl. Mot. II S. 139 u. 341). Ferner ist eigentlich, wenn man jener ersteren Theorie folgt, nicht recht ersichtlich, warum der Vertrag zugunsten Dritter einer besonderen Zulassung bedurfte und warum der Vertrag zu Lasten Dritter ausgeschlossen sein sollte. Wenn ich Wirkungen in meiner Rechtssphäre hervorrufen kann, und Wirkungen in fremder Rechtssphäre hervorrufen kann, warum dann nicht in beiden zugleich? Und wenn schon diese Spaltung überhaupt möglich ist, warum denn nur so, daß der Dritte begünstigt wird und nicht auch so, daß er verpflichtet wird, wo es doch möglich ist, ihn lediglich zu verpflichten, wofern nur der Vertreter nicht berechtigt wird (z. B. in seinem Namen ein Schenkungsversprechen zu machen). Dagegen ist diese Erscheinung sehr erklärlich von der zweiten Auffassung aus. Denn eine Erklärung kann entweder von A oder von B ausgehen, nicht von beiden zugleich, und kann daher auch nur entweder als von A oder als

BGB. Die juristische Selbständigkeit der Vollmacht gegenüber dem Auftrag (bzw. dem sonstigen Innenverhältnis) schließt nicht aus, daß hinsichtlich ihrer Entstehung und ihrem Vergehen enge Wechselbeziehungen zwischen beiden Dingen bestehen. § 664 stellt dem Normalfall, daß der Beauftragte zur Ausführung des übertragenen Geschäfts verpflichtet ist und sich hierbei höchstens eines Erfüllungsgehilfen bedienen kann, für dessen Verschulden er dann einsteht, den Fall gegenüber, daß der Beauftragte die Ausführung des Auftrags „einem Dritten übertragen kann". Hiermit ist nicht der Fall gemeint, daß sein Auftrag lediglich darin besteht, einen anderen zu beauftragen. Denn er „kann" nur übertragen. Vielmehr

von B ausgehend angesehen werden. Aber diese Auffassung des BGB. erscheint dogmatisch nicht unanzweifelbar. Man könnte nämlich sagen, daß eine Erklärung von jemandem als abgegeben gilt, ist an sich noch keine Rechtswirkung (Veränderung in der konkreten Rechtswelt). Ein „Können" liegt daher noch gar nicht vor, wenn die Erklärung als solche des Vertretenen wirkungslos bleibt (z. B. weil beim Eigentumserwerb der Vertretene bösgläubig ist und der Vertreter nach spezieller Weisung handelt). Diese Auffassung entspricht auch nicht den Lebensverhältnissen. Denn sobald nicht die technischen Ausdrücke „im Namen", „in Vertretung" gebraucht werden, ist in der Regel, wenn überhaupt ersichtlich ist, daß eine fremde Rechtssphäre betroffen sein soll, aus den Parteierklärungen nur ersichtlich, in wessen Rechtssphäre die sachlichen Wirkungen eintreten sollen, so daß stets Zweifel entstehen, in wessen Namen gehandelt wird, sobald nicht (wie bei Verpflichtung des Dritten) daraus, daß im eigenen Namen nicht gehandelt werden k a n n, zu schließen ist, daß auch nicht in diesem gehandelt werden s o l l. Diese Auffassung des BGB. dürfte im wesentlichen historische Gründe haben, die darin liegen, daß man ursprünglich nach einer Erklärung suchte dafür, wie es möglich sei, daß jemand Wirkungen in fremder Rechtssphäre hervorriefe und diese darin fand, daß man den Vertretenen als handelnd dachte. Daneben bildete sich dann als eigene Rechtsfigur die Ermächtigung, im eigenen Namen zu handeln, heran, die sich als Ermächtigung zur Ausübung eines fremden Rechts erklären ließ. Diese zweite Entwicklungslinie stieß aber da an eine Grenze, wo es kein Recht eines Dritten auszuüben gab, nämlich sobald es sich darum handelte, dem Dritten Rechte zu erwerben oder ihn zu verpflichten. Diese Grenze hat sie nur für den singulären Fall des Vertrages zugunsten Dritter zu überwinden vermocht.

ist der Schuldner auch hier in erster Linie zur Besorgung des Geschäfts verpflichtet, hat aber daneben die facultas alternativa, sich dadurch zu befreien, daß er einem anderen die Besorgung des Geschäfts aufträgt, wobei er dann, wenn er einmal diesen Weg beschreitet, hinsichtlich der Erfüllung und Nichterfüllung so behandelt wird, wie wenn er von vornherein zu dem Inhalt der facultas allein verpflichtet gewesen wäre, also dazu, einen anderen mit der Besorgung des Geschäfts zu beauftragen. Dieser Auftrag zur Weiterbeauftragung besteht ganz unabhängig davon, ob mit dem eigentlichen Sachauftrag eine Vollmacht verbunden ist, dieser also eine nur tatsächliche oder eine rechtliche Tätigkeit erfordert. § 664 ergibt den bedeutsamen Satz, daß, auch wenn der eigentliche Sachauftrag tatsächlicher Natur ist und mit einer Vollmacht nicht verbunden ist, daraus, daß diese facultas gegeben sein kann (z. B. bei jedem an sich noch so sehr persönlich durchzuführenden Vertrag schon aus § 665 Satz 1), eine Möglichkeit für den Beauftragten folgt, rechtlich verbindlich für die Rechtssphäre des Auftraggebers zu handeln, nämlich einen Vertrag zwischen ihm und dem Weiter-Beauftragten zustande zu bringen. Allerdings denkt dieser Paragraph wohl in erster Linie an die Frage, ob der Beauftragte dem Auftraggeber gegenüber erlaubt oder unerlaubt handelt. Aber es hätte keinen Sinn, daß das Gesetz sagte, daß der Beauftragte etwas dürfe, wenn er es nicht könnte. Daß diese Weiterbeauftragung im fremden Namen, nicht etwa, auch wenn man der oben entwickelten zweiten Theorie über das „Vertreten“ folgt, im eigenen Namen erfolgt, ergibt sich daraus, daß wir hier sonst einen Vertrag zu Lasten Dritter hätten (auch beim unentgeltlichen Auftrag können für den Auftraggeber Verpflichtungen vorkommen); ein solches Geschäft kennt das BGB. nach durchaus herrschender Meinung nicht; vielmehr gibt es eine Zulassung für eigennamige Einwirkung auf eine fremde Rechtssphäre nur für die Fälle der Verträge zu Gunsten Dritter sowie dort, wo sich solche Einwirkung als Ausübung eines fremden Rechts darstellt, wie insbesondere in § 185. Folgt man der ersten Theorie, so ergibt sich dies schon daraus, daß der Beauftragte ledig-

lich mit Wirkung für den Auftraggeber handelt; daß er seinem Auftraggeber gegenüber von seiner Verpflichtung frei wird, ist nicht eine Wirkung, die eintritt, weil sie als gewollt erklärt ist. Man kann auch nicht sagen, hier liege bei dem Erklärenden eine eigene Rechtsposition vor, die er an den Erklärungsgegner abgebe. Eine solche Auffassung würde die Substitution im Sinne des § 664 als eine besondere Art Schuldübernahme erscheinen lassen, bei der ja der Schuldabgebende im eigenen Namen handelt. Aber eine derartige Auffassung des Vorganges des § 664 würde unrichtig sein, da sie nicht zu erklären vermöchte, warum der Schuldübertragende möglicherweise nach Satz 2 des § 664 noch weiter Schuldner bleibt, wo die Schuld doch übernommen ist. Bei der Auslegung des § 664 ist auch bisher nie die Meinung vertreten worden, daß der Beauftragte, sofern er einen Vertrag zwischen dem Prinzipal und dem Substituten zustande bringt, im eigenen Namen handelt (vgl. Planck-Siber 1a—1d zu § 664, Warneyer, Komm. 1 zu § 664, RG. 78, S. 312). Die meisten wollen unter § 664 Satz 1 (Substitution) auch den Fall bringen, daß der Beauftragte den Auftrag tatsächlich vollständig durch einen anderen erledigen läßt, diesen aber nur in vertragliche Beziehungen zu sich selber bringt. M. E. muß dieser Fall unter Satz 3 (Gehilfenschaft) gehören. Der Unterschied zwischen den beiden Gruppen wäre sonst ein völlig flüssiger, rein quantitativer und außerdem würde dabei für den Auftrag ein besonderer Begriff der Gehilfenschaft geschaffen. Denn es ist unzweifelhaft, daß, wenn z. B. der Töpfermeister, der mir werkvertraglich verpflichtet ist, mir einen Ofen umzusetzen, die Arbeit völlig durch seinen Gesellen ausführen läßt, ein Fall der Gehilfenschaft vorliegt. An sich würde dies hier nicht weiter interessieren. M. E. läßt sich aber nur so die singulär gebliebene Ansicht von Staudinger (3 zu § 664) entscheidend widerlegen, daß nur dieser Fall unter § 664 Satz 1 (Substitution) falle. Somit sehen wir zunächst bei Aufträgen zur Erledigung tatsächlicher Geschäfte, daß überall, wo ein Auftrag nicht persönlich ausgeführt zu werden braucht, damit ohne weiteres eine Vollmacht für den Beauftragten gegeben ist. Aber auch bei

rechtlichen Geschäften kann die Rechtslage nicht wesentlich anders sein, da § 664 keinen Unterschied danach macht, ob es sich um tatsächliche oder rechtliche Geschäftsbesorgung handelt. Es ergibt sich dann, daß der Substituent, auch wenn er selbst Vollmacht zur sachlichen Erledigung des Auftrags hat, im fremden (des Prinzipals) Namen beauftragt. Daraus ergibt sich wieder, daß der Substituent auch bei der Vollmachterteilung im fremden Namen handelt. Denn es ist kein Grund ersichtlich, sein äußerlich durchaus einheitliches Handeln aufzuspalten dahin, daß er bei der Erteilung der Vollmacht nun auf einmal im fremden Namen handelt. Auf Grund der Erledigung des Auftrages erlischt sodann die nur in dessen Interesse bestehende Vollmacht zur Erledigung des Sachauftrags. Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß in den Fällen, in welchen das Interesse des Vollmachtgebers zu einer ausnahmsweisen Uebertragbarkeit der Vollmacht führen könnte, das BGB. durch positive Regelung eine andere Rechtsfigur vorsieht, um dem bestehenden Bedürfnis abzuhelfen [105]). Diese auf § 664 gestützten Erwägungen gelten entsprechend auch für die entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträge. § 664 ist, obwohl er in § 675 nicht mitgenannt ist, hinsichtlich des uns interessierenden Inhalts entsprechend anwendbar, da nicht

105) Diese Ausdeutung des § 664 führt übrigens auch insofern zu einem wertvollen Ergebnis, als sie die Meinung rechtfertigt, daß in Notfällen (z. B. Unmöglichkeit der Auftragsausführung infolge plötzlicher schwerer Erkrankung) die Bindung der Vollmacht an die Person aufhört, wie dies besonders Haas (a. a. O. S. 95), allerdings nicht für die Ersatzvollmacht, sondern für die Untervollmacht, was aber für die Frage nichts ausmacht, vertritt. Wir brauchen hier nicht mit einem zweifelhaften vermuteten Willen des Erstvollmachtgebers zu operieren, sondern dies ist eben im Gesetz in § 664,665 vorgesehen. Andernfalls würde wohl, wie bei jeder anderen rechtsgeschäftlichen Geschäftsführung ohne Auftrag ein Anspruch auf Genehmigung (nachträgliche Bevollmächtigung) gegeben sein, aber keine Vollmacht. Haas (a. a. O. S. 97) meint, es mache keinen Unterschied, ob die Substitutionsbefugnis auf Kontrakt oder Quasikontrakt beruhe. Aber das ist unrichtig, sonst müßte jeder nützliche Geschäftsführer ohne Auftrag zu allen von ihm in dieser Eigenschaft vorgenommenen Rechtsgeschäften Vollmacht haben, was zweifellos nicht der Fall ist.

einzusehen ist, inwiefern die Entgeltlichkeit auf die vorstehenden Erwägungen von Einfluß sein sollte (vgl. Planck-Siber 3 zu § 675, RG. 78, S. 312). Auch ist ja der, wie wir gesehen haben, in gewissem Sinne an § 664 anschließende § 665 in § 675 mitgenannt.

Die soeben betrachtete Interessenlage, daß der Bevollmächtigte nur deshalb bevollmächtigt ist, um die Interessen des Vollmachtgebers wahrnehmen zu können, und daß weiter entweder der Vollmachtgeber ein Interesse daran hat, daß ein anderer Vollmacht erhalte, oder auch der Bevollmächtigte, aber nur unter dem Gesichtspunkt, auf diese Weise die Interessen des Vollmachtgebers wahrzunehmen, führt also nicht zu einer ausnahmsweisen Uebertragbarkeit der Vollmacht. Anders ist dagegen in dieser Hinsicht die Interessenlage zu beurteilen, die darin besteht, daß der Bevollmächtigte aus eigenem Interesse die Vollmacht weitergeben möchte, der Vollmachtgeber dagegen uninteressiert ist, ob die Vollmacht ausgeübt wird oder nicht, oder was sonst mit ihr geschieht, weil die Vollmacht deshalb erteilt ist, um in Abweichung von dem eigentlichen Zweck der Vollmacht durch ihre Erteilung den Interessen des Bevollmächtigten zu dienen, was namentlich bei der Bevollmächtigung zum Selbstkontrahieren in Frage kommen kann. Z. B. A bevollmächtigt den X, um ihm zu schenken, seine Forderung gegen B einzuziehen und sich an dem Gelde durch Selbstkontrahieren Eigentum zu verschaffen. Hier liegt die Sache ähnlich, wie wenn A dem X die Forderungen abgetreten hätte. Er wird daher in der Regel nichts dagegen haben, wenn X seine Rechtsposition durch Uebertragung verwertet. Die Lösung aus § 664 kommt hier nicht in Frage. Denn weder besteht hier eine Verpflichtung des X, deren Erlöschen den Grund für das Erlöschen seiner Vollmacht abgeben könnte, noch begründet X durch die Weitergabe ein Schuldverhältnis zwischen A und dem Zessionar. Hier ist daher eine echte Uebertragbarkeit anzunehmen. Eine solche kann weiter auch durch die rechtsgeschäftliche Erklärung des Vollmachtgebers geschaffen werden. Bei Auftrags- und ähnlichen Verhältnissen ist aber, wenn der Vollmachtgeber eine solche Erklärung abgibt, in der Regel anzunehmen, daß er nur

die Rechtslage gemäß § 664 (Nichterforderlichsein persönlicher Ausführung durch den Beauftragten) herstellen will.

Die nicht auf Rechtsgeschäft, sondern unmittelbar auf dem Gesetz oder Bestimmung der Behörde beruhenden Vertretungsmachten sowie die Rechtsstellungen kraft Amtes, wenn man diese (z. B. die des Konkursverwalters) als Vertretungsverhältnisse ansieht, sind unübertragbar. Es handelt sich um streng formale, lediglich den Interessen des Vertretenen dienende Rechte, die dem Berechtigten nur die Möglichkeit zur Erfüllung von Pflichten, aber keinen Eigenwert verleihen sollen. Bei einer Uebertragung ohne gleichzeitigen Uebergang der Pflichten würde außer dem Gesichtspunkte des Formalrechts auch noch der der Zweckentfremdung (im weiteren Sinne) entgegenstehen.

§ 14.

Als die andere Form der Ermächtigung ist noch das Recht aus der Einwilligung, im eigenen Namen zu handeln, zu betrachten [106]). Auch dies Recht kann, ebenso wie die Vollmacht, entweder lediglich dazu erteilt werden, Interessen des Einwilligenden wahrzunehmen oder dazu, dem Berechtigten wirklich einen Wert zu verschaffen Z. B. kann dem X das Recht, eine Sache des A zu veräußern, eingeräumt sein, damit er den für die Veräußerung erlangten Gegenwert behalte, oder dazu, damit er ihn dem Einwilligenden, der aus irgendwelchen Gründen nicht selbst als Verkäufer auftreten will, abliefere. Auch hier wird wie bei der Vollmacht je nach dem Innenverhältnis das Recht übertragbar sein oder nicht. Man kann das nicht damit widerlegen, daß man sagt: Hiernach müßte auch eine fiduziarisch insbesondere zum Inkasso [107]) zedierte Forderung unübertragbar sein. Denn 1. hat der Berechtigte aus der Einwilligung überhaupt eine viel schwächere Stellung, weil ja der Einwilligende selbst bei Unwiderruflichkeit

106) Einer Untersuchung der genauen Grenze gegenüber der Vollmacht (vgl. oben S. 114 ff.) bedarf es für unsere Zwecke nicht.

107) Vorausgesetzt, daß man darin eine echte Zession sieht.

dies Recht durch Selbstverfügen jederzeit illusorisch machen kann. Das Recht aus der Einwilligung hat somit in seiner Struktur eine erhebliche Aehnlichkeit mit der Vollmacht, so daß man sagen kann, der bloß formale Charakter habe in seiner Struktur ihren Ausdruck gefunden[108]). Die Bestätigung unserer Auffassung bietet für einen Spezialfall des Rechts aus der Einwilligung, im eigenen Namen zu handeln, § 792 BGB.; die Anweisung erfolgt in der Regel (auch) im eigenen Interesse des Anweisungsempfängers, so daß sich eine Vermutung für die Uebertragbarkeit rechtfertigt, die aber durch das Innenverhältnis (§ 792 Abs. 2) beseitigt werden kann. Ein weiteres formales Recht zum Handeln im eigenen Namen ist das Bestimmungsrecht des Dritten. § 317 BGB. Die Interessenlage bei Verhinderung des Berechtigten führt auch hier nicht zur Uebertragbarkeit (§ 319 Abs. 2), sondern nur die Vereinbarung der Parteien.

§ 15.

Wir kommen zu unserer zweiten Hauptgruppe von Gestaltungsrechten, den an Zahl wie an Bedeutung erheblich geringeren Realgestaltungsrechten und zwar zunächst zu denen mit materiellem Gehalt. Hierher gehört vor allem das Recht aus der Aneignungsgestattung bei nichtüberlassenem Besitz (bei überlassenem liegt zugleich eine bloße Inaussichtstellung vor). § 956 BGB. Auch hier ist bestritten, ob ein Gestaltungsrecht vorliegt von den Anhängern der sog. Uebereignungstheorie im Gegensatz zu den Anhängern der Anwartschaftstheorie (wegen der Literatur vgl. Staudinger II zu § 956). Die Lösung des Problems ist hier die gleiche wie beim Vorkaufsrecht und den ähnlichen Erscheinungen, wie sie dargestellt ist von Zitelmann (Iherings J. 70, S. 59 ff.), auf den in jeder Weise verwiesen werden kann. Sie lautet dahin, daß die beiden Theorien keine Gegensätze sind. Zitelmann sieht seine Aufgabe darin, die Richtigkeit der Uebereignungstheorie nachzuweisen; er läßt dahingestellt, ob hier ein sub-

108) Auch wäre vielleicht eine solche Meinung für die fiduziarische Zession gar nicht so unvertretbar (s. oben S. 39).

jektives Recht vorliegt. Uns ist umgekehrt ersteres gleichgültig und kommt es nur darauf an, ob hier ein Recht, was dann nur ein Gestaltungsrecht sein kann, vorliegt. Letzteres ergibt sich aber für uns auf Grund unserer Definition des Gestaltungsrechts ohne weiteres. Damit ist für uns auch die Uebertragbarkeit dieses Gestaltungsrechts gegeben. Ein Grund dafür, eine Ausnahme von der Regel zu machen, ist nicht ersichtlich. Die sonst noch vorkommenden Aneignungsrechte, namentlich das Jagdrecht und das Fischereirecht, brauchen hier nicht näher behandelt zu werden, da sie als unter § 823 BGB. fallend, dingliche Rechte im Sinne des absoluten Klagschutzes und somit sicher keine reinen Gestaltungsrechte mehr sind. Das Recht aus § 956 hat man allerdings auch bisweilen als dingliches Recht auffassen wollen (vgl. Schulz in „Bonner Festschrift für Zitelmann", S. 94 ff.); dies ist, wenn man „dinglich" mit dem Genuß absoluten Klagschutzes gleichsetzt, für § 956 in seiner Allgemeinheit jedenfalls schon deswegen abzulehnen, weil auch das Recht des Pächters unter ihn fällt, das andrerseits nach durchaus herrschender Meinung nicht unter § 823 fällt. Ein ganz reines Gestaltungsrecht ist allerdings das Recht aus § 956 auch nicht, weil es mit einem relativen Darfrecht verbunden ist, das aber doch mehr zurücktritt. Hierher gehört noch weiter das Recht aus § 700 BGB. Dies ist ebenfalls übertragbar. Doch wird ebenso wie bei Abtretung des Anspruchs aus dem Darlehnsvertrag nach herrschender Meinung (Literatur siehe bei Oertmann 1 a ε zu § 399) das Darlehnsverhältnis mit dem Zedenten zustandekommen. Weiter gehören hierher die zahlreichen Wegnahmerechte, soweit sie Aneignungsrechte sind um deswillen, weil das Wegzunehmende wesentlicher Bestandteil der Hauptsache geworden ist, z. B. das Recht des Mieters aus § 547 BGB. (vgl. im übrigen die Aufzählung bei Enneccerus a. a. O. II 1 § 74 IV). Hier zeigt sich wieder einmal deutlich die formale Natur des Unterschiedes zwischen Anspruch und Gestaltungsrecht, die für die Frage, ob ein materieller Wert und damit die naturgemäße Möglichkeit der Uebertragung gegeben ist, bedeutungslos sein muß. Solange der Berechtigte die Hauptsache im Besitz hat, ist sein Recht ein Gestaltungsrecht; so-

bald er sie herausgibt, verwandelt sich sein Recht in einen Anspruch auf Einräumung eines Rechts gemäß § 956. § 258 BGB. Trotzdem sieht das BGB. ein einheitliches Recht, eben das Wegnahmerecht als vorliegend an. (Beweis: Wortlaut des § 547 letzter Satz, der offenbar beide Fälle des § 258 umfaßt). Das Wegnahmerecht ist somit sicherlich übertragbar auch schon, ehe es ein Anspruch geworden ist. Man könnte fragen, ob es auch durch diese Trennung von der Person des Besitzers der Muttersache zum Anspruch wird. Das ist abzulehnen. Maßgeblich für die Verwandlung in einen Anspruch ist wohl [109]) der Gedanke gewesen, daß der neue Besitzer nicht durch das tätliche Vorgehen des Wegnahmeberechtigten überrascht werden solle, da er von der Existenz des Wegnahmerechts ja vielleicht gar nichts ahnt. Wenn er es selbst überträgt, würde das Fordern einer besonderen Gestattung nur die Einschaltung einer unnötigen Zwischenstation in der Abwicklung des Rechtsverhältnisses bedeuten.

§ 16.

Auch bei dieser zweiten Hauptgruppe der Gestaltungsrechte kommen formale Berechtigungen vor. Gemeint ist die Rechtsposition des Boten. Er hat die Möglichkeit, auf Grund seiner Ermächtigung durch tatsächliches Handeln oft sehr erhebliche Veränderungen der konkreten Rechtswelt allerdings in fremder Rechtssphäre hervorzurufen. Für die Uebertragbarkeit gilt das Gleiche wie für die hinsichtlich des letztgenannten Merkmals verwandte Vollmacht. Sie bestimmt sich nach dem Innenverhältnis. Hier hat auch das Bedürfnis nach Weitergabe aus dem Interesse des Ermächtigenden heraus (z. B. in eiligen Sachen bei Verhinderung des Boten), das gemäß § 664 BGB. befriedigt wird, keine Uebertragbarkeit zur Folge; der Bote beauftragt und ermächtigt einen Dritten im Namen dessen, der ihn entsandt hat; seine eigene Ermächtigung erlischt in der Folge. Einen mit dem des Boten in-

109) Die Gesetzesmaterialien ergeben nichts über diesen Punkt; vgl. Mugdan, „Die gesamten Materialien zum BGB.", S. 250.

sofern eng verwandte Fall, als es sich ebenfalls um einen Fall der Erklärungsgehilfenschaft handelt, ergibt das Recht aus der Blanketterklärung. Dies wird auch meist für ein Gestaltungsrecht erklärt (vgl. z. B. Staub, Komm. zur W.O., Anm. 7 zu Art. 7). Dagegen ist bestritten, zu welcher Art von Gestaltungsrechten es zu stellen ist. Viele [110]) wollen es als Vollmacht auffassen. Das ist abzulehnen. Rechte zur Blankettausfüllung können in verschieden gearteten Fällen vorkommen. Es kann erstens so sein, daß A seinem Angestellten X seine Blankounterschrift gibt, damit dieser selbst nach der ihm übertragenen Prüfung der Verhältnisse das Blankett ausfülle und dann das Schreiben an den Empfänger B absende. Hier liegt es auf der Hand, daß X nicht Bevollmächtigter ist. Er tritt dem Erklärungsempfänger gegenüber überhaupt nicht in Erscheinung, dieser wird vielleicht von seiner Existenz eben so wenig etwas ahnen wie davon, daß ursprünglich eine Blanketterklärung vorlag. Wenn X die Erklärung nicht absendet, sondern überbringt, kann er ebenfalls nicht Bevollmächtigter sein. Sein Handeln gegenüber dem Erklärungsempfänger unterscheidet sich in nichts von dem eines Boten. Weiter kann es so sein, daß X die Erklärung in Gegenwart des B vielleicht, nachdem er sich in einer Unterredung mit ihm erst die nötigen Unterlagen verschafft hat, ausfüllt und ihm übergibt. Die Erklärung, die so abgegeben wird, ist immer noch eine Erklärung des A. Denn nur dessen Unterschrift steht darunter. Der X war eben nur ermächtigt, sie durch tatsächliche Handlung zu vervollständigen [111]). Ein — besonders wichtiger — Fall des Rechts aus der Blanketterklärung liegt endlich derart, daß der

110) Beispiele vgl. bei Mansfeld, LZ. 1909, S. 182.

111) Oertmann, 3 b ββ zu § 126 will auch wohl auf diese Anschauung hinaus; dagegen ist es abzulehnen, daß der Blankett-Ermächtigte ein Recht habe, im eigenen Namen zu handeln (so Haußmann, Gruch. Beitr. 58, S. 296 f.). Von einem Handeln im eigenen Namen kann man nur sprechen bei dem, der eine Erklärung abgibt. Der, welcher ein Blankett ausfüllt, erklärt überhaupt nichts. Er ist nur, je nachdem seine Tätigkeit dem Erklärungsgegner ersichtlich ist oder nicht, äußerer oder innerer Erklärungsgehilfe.

Ausfüllungsermächtigte zugleich derjenige ist, der ein Recht aus der fertigen Erklärung erwerben soll. Aber es ist nicht ersichtlich, inwiefern dies daran etwas ändern sollte, daß die fertige Erklärung eine solche des A, nicht aber eine in seinem Namen abgegebene ist. Ein Unterschied besteht insofern, als sein Recht für den Ermächtigten hier nicht einen formellen, sondern einen materiellen Wert darstellt und daher ohne weiteres übertragbar ist, während die übrigen Ausfüllungsermächtigungen in gleicher Weise wie die Ermächtigungen des Boten unübertragbar sind.

§ 17.

Unserem Plan gemäß haben wir noch einen kurzen Blick auf die beiden letzten Bücher des BGB. zu werfen, um auch dort unsere bisherigen Ergebnisse durch Stichproben bestätigt zu finden. Das Familienrecht steht der Uebertragung der auf diesem Rechtsgebiet gewährten subjektiven Rechte überhaupt ablehnend gegenüber, also auch der der Gestaltungsrechte. Der ethischen Grundlage, aus der heraus die Regelung des Ehe- und des Verwandschaftsverhältnisses in unserem Recht vorgenommen ist, widerspräche es, die auf diesem Gebiete erwachsenden Rechte als Verkehrsgegenstände zu behandeln. Dies wird für Rechte, für welche die Uebertragbarkeit noch am ehesten in Frage käme, die Unterhaltsansprüche — hier tritt besonders bei § 1708 das ethische Moment mehr zurück, dafür spricht aber gegen die Uebertragbarkeit, daß der Zweck des Rechts, Sicherung des Unterhalts, in zuverlässiger Weise nur durch Verleihung eines dauernden, nicht eines einmaligen Wertes erreicht werden kann — auch noch ausdrücklich im Gesetz bestätigt. § 1585 BGB., § 850 Ziff. 2 ZPO., § 400 BGB. Die auch hier vorkommenden Gestaltungsrechte — z. B. ergeben sich solche aus §§ 1357, 1358, 1418, 1468, 1492, 1502, 1564 ff., 1596, 1612 — sind daher unter dem uns schon bekannten Gesichtspunkt der Zweckentfremdung unübertragbar (ganz abgesehen davon, daß in Einzelfällen dafür noch weitere Gründe in Frage kommen können). Im Erbrecht dagegen bedarf es wieder einer Betrachtung des einzelnen

Rechts, z. B. ergibt sich ein übertragbares Gestaltungsrecht aus § 2154 bei Wahlrecht des Vermächtnisnehmers. Für das Recht zur Anfechtung der Ausschlagung eines Erbteils und einer Erbschaft wäre eine Uebertragung an sich denkbar, aber abzulehnen in gleicher Weise wie für das Anfechtungsrecht überhaupt. Die Haftungsgestaltungsrechte des Erben (vgl. Raape, Iherings J. 72, S. 302) sind unübertragbar wegen ihrer Unselbständigkeit (Gebundenheit an die Rechtsgegenstellung), ebenso das Recht aus § 2034 als Zustandsrecht.

§ 18.

Als Ergebnis können wir zusammenfassen: Die Gestaltungsrechte sind grundsätzlich übertragbar. Dies hängt damit zusammen, daß sie Rechte sind. Daß sie gerade Gestaltungsrechte sind, ist für die Frage ihrer Uebertragbarkeit bedeutungslos. Es macht sie weder übertragbar noch unübertragbar. Aus besonderen Gründen sind sie ausnahmsweise übertragbar. Unter dem Begriff Unübertragbarkeit verbergen sich verschiedene Dinge, deren jedes seine eigenen Gründe hat:

a) Die Unzulässigkeit selbständiger Uebertragung, hervorgerufen durch:
   α) Bezogenheit auf den gleichen Wert; das sind die Fälle, in denen das Gesetz demjenigen, dem es mehrere Rechte verleiht, nur einen Wert geben will;
   β) Eigenschaft als Subtraktionswert; das sind die Fälle, in denen das Gestaltungsrecht vermöge seines Inhalts einen Wert darstellen kann nur für denjenigen, der sich in einer bestimmten Rechtsgegenstellung befindet;
   γ) gesetzliche Vorschrift.
b) Die relative Unübertragbarkeit, hervorgerufen durch:
   α) Schutzbedürftigkeit des Rechtsgegners;
   β) Vereinbarung.
c) Die absolute oder eigentliche Unübertragbarkeit, hervorgerufen durch:
   α) (eigentliche) Zweckgebundenheit;
   β) formalen Charakter.

Mit den Gründen der Unübertragbarkeit sind gemeint die inneren, allgemein rechtspolitischen oder aus von der konkreten Rechtsordnung anerkannten Rechtsinstituten sich ergebenden Gründe. Daher war als solcher Grund im allgemeinen nicht zu nennen: das gesetzliche Verbot der Uebertragung. Dieser „Grund" der Unübertragbarkeit steht qualitativ auf einer anderen Stufe wie die anderen dargestellten Gründe. Es handelt sich bei ihm um die Art, wie wir die Unübertragbarkeit aus dem Gesetz herauslesen. Gesetzliche Verbote der Uebertragung liegen in allen Fällen der Unübertragbarkeit vor, auch in denen, wo wir aus dem inneren Grund ein solches durch Gesetzesauslegung ermitteln, während umgekehrt in den Fällen des ausdrücklichen gesetzlichen Verbots der Uebertragung in der Regel auch ein innerer Grund vorliegt, für den allerdings auf seine positivrechtliche Anerkennung oft aus dem gesetzlichen Verbot zu schließen ist. Einen neuen Grund kann das gesetzliche Verbot nur da ergeben, wo es solchen inneren Grund nicht gibt. Daraus ergibt sich die Rubrik a γ, bei der insbesondere an die Fälle gedacht ist, in denen das Rücktrittsrecht nicht selbständig übertragbar ist, weil sonst gewisse, vom Gesetz gewollte Wirkungen nicht zu ihrem Recht kommen würden. Gerade hier liegt kein ausdrückliches Verbot vor.